مصباح الفقاهة

من تقرير بحث الاستاذ الأكبر آية الله العظمى الحاج السيد
أبو القاسم الموسوي الخوئي

لمؤلفه

الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

الجزء الرابع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين وبعد فمن منن المولى جل شانه علي ان وفق رجالاً علماء وافاضل يهتمون بحفظ ما القي اليهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً حرصاً منهم عليها وتحفظاً وإقامة على المعارف والعلوم الدينية وممن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهذب الصفي والعلامة المحقق الزكي ركن الاسلام قرة عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فانه دام فضله السامي قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحرير ابحاثي وتنقيحها في الفنون المتنوعة من الفقه والتفسير والاصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل واصبح من العلماء العظام والاجلة الاعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب المكاسب لشيخ مشايخنا العظام استاذ الفقهاء والمجتهدين المؤسس المجدد آية الله العظمى الشيخ مرتضى الانصاري قدس الله تعالى اسراره فاعجبني غوره في التحقيق والتدقيق وسعة اطلاعه على مصادر الروايات ومواردها وما كتبه دام فضله وتأييده وافٍ بأبحاثنا وكافٍ بتوضيح ما حققناه فليحمد الله وليشكره على ما انعم به عليه والله يختص برحمته من يشاء انه واسع عليم والحمد لله اولاً وآخراً

ابو القاسم الموسوي الخوئي

في ١٣ شهر رجب المرجب ١٣٨٢



قوله﴿ مسئلة : و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او ماذونين من المالك او الشارع فعقد الفضولى(۱) لايصح اى لا يترتب

۱ـ الفضولى لغة هو الاشتغال بما لايعنى قال فى المصباح : ﴿ و فضل فضلا من باب قتل زاد و خذ الفضل اى الزيادة و الجمع فضول مثل فلس و فلوس و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لاخير فيه و لهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لايعنيه لانّه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد وسمى بالواحد ﴾ و فى اقرب الموارد : ﴿ الفضول جمع الفضل كما مر والفضول العمل الفضولى و هو مفرد هنا يقال ان ذلك فضول منه اى اشتغال بما لا يعنيه ﴾ ٠

اقـــول : لو لاتنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان يقال فى مقام النسبة فضلى لافضولى ٠

اما فى الاصطلاح فعن الشهيد : ﴿ هو الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصبا ﴾ ، و فى شرح فتح القدير الفضول : ﴿ جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لايعنيه و ما لا ولاية له فيه ﴾ و كيف كان الفضولى صفة للعاقد و ما هو صفة للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولى صفة للعقد مجاز و من قبيل توصيف الشئ بحال متعلقه ٠

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم ؟ ·

اقول قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بنا ان نتعرض لامرين

الاول : اذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم بصحة الايقاعات الفضولية ام لا ؟ اذا قلنا بان الالتزام بصحة العقود الفضولية انما هو على خلاف القاعدة اعنى بها اصالة الفساد، وان الاطلاقات والعمومات لا تشملها حكمنا بفساد العقود والايقاعات ـ الفضولية الا ما خرج بالدليل قيل : ان مقتضى القاعدة وان كان هو الحكم بصحة العقود والاياقاعات، ولكن قام الاجماع على عدم جريان الفضولية فى الطلاق والعتاق بل فى مطلق الايقاعات ·

واذا قلنا بأن صحة العقود الفضولية موافقة لمقتضى القاعدة حكمنا بصحة الايقاعات الفضولية أيضاً الا ما خرج بالدليل لان العمومات و المطلقات كما تشمل العقود الفضولية كذلك تشمل الايقاعات الفضولية أيضاً وعليه فما ورد بالخصوص فى صحة العقود الفضولية يكون مؤيد لتلك العمومات و المطلقات ·

و يرد عليه : أنا لو سلمنا وجود الاجماع هنا، ولكن لا نسلم كونه اجماعا تعبديا اذ من المحتمل ان القائلين ببطلان الطلاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى ان بطلان طلاق المكره يقتضى بطلان طلاق الفضولى بالاولوية او الى الروايات الدالة على ان الطلاق لا ينفذ الا اذا صدر من الزوج او ممن هو ماذون من قبله او من قبل الشارع، وان القائلين ببطلان العتاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى الروايات الدالة على انه لا عتق الا فى ملك و ان القائلين ببطلان مطلق الايقاعات الفضولية قد استندوا فى ذلك الى

عدم قابلية الايقاع للتعليق واقعا ، او الى غير ذلك عن الوجوه الاعتبارية ، واذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه . فلا يكون هنا اجماع تعبدى اما الوجوه المزبورة فهى ايضا ليست بتامة فلا تدل على بطلان الايقاعات الفضولية اما بطلان طلاق المكره كبطلان بيعه فانما هو فى حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الاجازة ، و يدل على عدم تحقق الاجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الاصحاب الى صحة عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك او الاجازة ، و ذهب بعضهم الى صحة عتق المرتهن عن الراهن مع اجازته ذلك و اما الروايات الواردة فى المنع عن نفود الطلاق الصادر من غير الزوج ، فالمراد منها هو ان الانسان ليس له ان يطلق زوجة غيره مستقلا و بغير اذنه و اجازته و هذا لا ينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الاجازة من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغة ، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطلان العتاق الفضولى بالروايات المانعة عن العتق الصادر من غير المالك ويضاف الى ذلك ان امثال هذه الروايات واردة فى البيع ايضا كقوله عليه السلام « لا بيع الا فى ملك » فلو التزمنا بظاهرها فلابد من الالتزام ببطلان البيع الفضولى ايضا .

و اما دعوى ان التعليق فى الايقاعات امر مستحيل دعوى جزافية ضرورة أن المعانى الايقاعات كالمعانى العقدية فى قبولها للتعليق و على الجملة انه لا دليل على بطلان الايقاعات الفضولية واذا قلنا بكون الوصية من الايقاعات كانت الوصية بما زاد على الثلث من الايقاعات الفضولية و لا اشكال فى صحتها مع اجازة الورثة و على

الجملة فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الاجماع التعبدى على بطلان الايقاعات الفضولية مطلقا او فى الجملة ٠

الامر الثانى : انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى بمجرد رضاء المالك باطنا من دون امارة عليه ام لا ؟

ذهب المصنف الى الاول وحكم بعدم توقفه على الاجازة اللاحقة سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد ام لم يعلم به حين ذلك وسواء انكشف له بعد العقد بأن المالك كان راضيا بالعقد حين وقوعه ام لم ينكشف له ذلك اصلا ٠

واستدل على رايه هذا بوجوه :

الاول : ان هذه المعاملة مشمولة لآيتى وجوب الوفاء بالعقد والتجارة عن تراض ، ولكن لا دلالة فى الايتين على ذلك اما آية وجوب الوفاء بالعقد ، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه ، ومن الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالك لايخرج العقد الصادر من الاجنبى عن الفضولية ولا يجعله عقدا للمالك ، بل العقد انما يصير عقدا للمالك ، ويستند اليه اما بمباشرة نفسه أو بنيابة الغير عنه بالاذن ، أو بالاجازة اللاحقة ـ كما فى الفضولى ـ و شئ من ذلك لم يتحقق فى المقام ، واذن فلا يكون العقد الصادر من الفضولى مع اقترانه برضاء المالك عقدا للمالك ، ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآية التجارة عن تراض ، اذ لا تتحقق التجارة عن تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضولا و لا يقال للمالك انه اتجر بماله ٠

وقد ظهر لك مما بيناه ، انه لايمكن الاستدلال على ذلك بقوله

تعالى ﴿ احل اللّه البيع ﴾ فان مفاده احل اللّه بيوعكم وعليه فالممضى انما هو البيع المنسوب الى المالك لامطلق البيع و ن لم ينسب اليه

الوجه الثانــى : ما دل على حرمة مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه ، و من الواضح ان المالك فى الصورة المفروضة راض بالتصرف فى ماله ، فيكون خارجا عن الفضولية و الا لم يجز التصرف فيه ·

وفيـــه : ان المراد من حلية البيع ان كانت هى الحلية التكليفية كحرمة الاكل و الشرب ، فالروايات المزبورة خارجة عن محل الكلام لان البحث ، انما هو فى نفوذ البيع الفضولى مع الرضاء الباطنى من المالك ، و ان كان المراد هو الاعم من الحلية الوضعية و التكليفية فهو و ان كان لاباس به ، ولكن لا دلالة فيها على ان المعتبر فى حلية المال انما هو خصوص رضاء المالك و طيب نفسه بل الظاهر منها هو ان الرضاء معتبر فى حلية المال ، و هذا لاينافى اعتبار شئ آخر فيها كاظهار الرضاء بمبرز خارجى من الاذن ، او الاجازة و السر فى ذلك هو ان امثال هذه الجمل و المركبات كقوله عليه السلام ﴿ لا صلاة الا بطهور ﴾ او ﴿ بفاتحة الكتاب ﴾ و ﴿ لا عمل الا بنية ﴾ لا تدل على الحصر ، وأن الصلاة مثلا لا تتحقق الا بالطهور او بفاتحة الكتاب و ان العمل لا يتحقق الا بنية ، فانه لايستفاد منها الا اعتبار كـون الفعل مقرونا بالـنيّـه او الطهور أو بفاتحة الكتاب لا ان الفعل لا يوجد الا بالامور المذكورة ، وكذلك الامر فيما نحن فيه بل المستفاد منها انّما هو اعتبار المستثنى فى المستثنى منه سواء اعتبر فيه شئ آخر ام لا ·

الوجه الثالث : ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد

و سكوته اقرار منه بذلك فان الظاهر من هذه الطائفة(١) هو كفاية الرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضولية ٠

و يرد عليه اولا : ان سكوت السيد عن نكاح عبده مع اطلاعه عليه كاشف عرفى عن الرضاء بالعقد ، و مورد بحثنا ما اذا لم يكن هنا كاشف عرفى عن ذلك ٠

و ثانياً : أن مجرّد رضاء المولى باطناً بنكاح عبده يكفى فى صحته ، لما سيأتى من التفضيل بين كون الاجازه لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف ليكون العقد عقدا له ، و بين

١ـ عن معاوية ابن وهب قال : جاء رجل الى ابى عبدالله عليه السلام فقال انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأة حرة بغير اذن مولاى ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاح اياها حين اعتقت فقال له اكانوا علموا انك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم فقال : نعم و سكتوا عنى و لم يغيروا علىّ فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول. و نحوه خبره الآخر عنه عليه السلام فى حديث المكاتب وكذا خبر الحسن بن زياد الطائى الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و عن عروة بن أبى الجعد البارقى قال عرض للنبى(ص) جلب فاعطانى دينارا و قال اى عروة انت الجلب فاشتر لنا شاة قال فاتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت منه شاتين بدينار فجئت اسوقهما او قال اقودهما ، فلقينى رجل فساومنى ، فابيعه شاة بدينار فجئت بالدينار فقلت يا رسول الله هذا ديناركم و هذه شاتكم قال كيف صنعت قال فحدثته الحديث فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه فلقد رأيتنى اقف بكناسة الكوفة فاربح اربعين الفا قبل اصل الى اهلى و كان يشترى الجوارى و يبيع مسند احمد ج ۴ ص ٣٧۶ ـ المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنزل العمال و هناك خبران اخران سياتى انشاء الله ٠

كونها بمجرد تعلق حق الغير ، حيث نلتزم بكفاية الرضاء الباطنى فى الثانى دون الاول ، و من الظاهر ان نكاح العبد من قبيل الثانى ، حيث ان عقد النكاح مستند الى العبد جزما و انما الاحتياج الى اجازة المولى من جهة ان فعل العبد متعلق حقه فقط ٠

الوجه الرابع : رواية عروة ، فانها ظاهرة فى جواز الاكتفاء فى صحة العقد بالرضاء الباطنى و ان لم يقترن بالكاشف ٠

و يتوجه عليه اولا : ان الرواية غير مذكور فى اصول الشيعة مسندا و انما هى مذكورة فى كتب العامة بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد اليها فى شئ فى الاحكام الشرعية ٠

و ثانيا : انه يمكن ان البارقى كان وكيلا مفوضا عن النبى (ص) فى امر شراء الشاة و بيعها و اذن فتكون الرواية بعيدة عن محل بحثنا ٠

و ثالثا : أن اقباض عروة المبيع ، و قبضه للثمن مع تقرير النبى (ص) ذلك لايدل الا على رضاه (ص) بهما فقط لا على رضاه (ص) باصل البيع ايضا ضرورة انّه لا ملازمة بين جواز القبض و الاقباض و بين صحة البيع اذ قد يكون البيع صحيحا و لا يجوز القبض والاقباض كبيع الوكيل الذى هو وكيل فى اصل المعاملة فقط ، وقد يجوز القبض و الاقباض مع فساد المعاملة كما اذا كان احد مأذونا فيهما من قبل المالك لا فى اصل المعاملة و اذن فرضاء النبى (ص) بالقبض و الاقباض لايدل على صحة ما انشأه عروة من البيع ٠

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضولية وعد توقفه على الاجازة اللاحقة من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم

كقولهم فى مقام الاستدلال على الصحة ان الشرائط كلها حاصلة الا رضاء المالك وقولهم ان الاجازة لايكفى فيها السكوت لانه اعم من الرضاء والى غير ذلك من كلماتهم ٠

ويتوجه عليه اولا : انه لاحجية فى كلماتهم فان راى فقيه لايكون حجة على فقيه اخر ٠

وثانيا : انه لاظهور فى كلماتهم فيما يرومه المستدل لان المراد من الرضاء المذكور فى كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابلة الكراهة والاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره و قالوا ان من شرائط المتعاقدين الاختيار وليس المراد منه طيب النفس وعليه فلا ربط لها بما نحن فيه ولا اقل من الاحتمال ، فتكون كلماتهم مجملة ٠

ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الاجازة لانه لادليل على توقفه مطلقا على الاجازة اللاحقة ٠

ويتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لانا اذا قلنا باحتياج المعاملات الفضولية الى الاجازة اللاحقة كان ما نحن فيه من صغرياتها ، فتحتاج صحته الى الاجازة اللاحقة ولا يكفى فيها مجرد وجود الرضاء الباطنى ، وان قلنا بعدم احتياجها الى الاجازة اللاحقة ، لكونها مشمولة للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها فليكن المقام كذلك واذن فلا وجه لجعله من المعاملات الفضولية ثم الحكم بعدم احتياجه الى الاجازة اللاحقة ٠

ثم قال : مع انه يمكن الاكتفاء فى الاجازة بالرضاء الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما اذ وقوعه برضاه لاينفك عن ذلك مع الالتفات

ويرد عليه انه اذا قلنا بكفاية الرضاء الباطنى المتاخر ولو آناما

فى صحة البيع و اخراجه عن الفضولية قلنا بذلك فى الرضاء المقارن ايضا بالاولوية ، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر .

ثم انا لو اكتفينا فى خروج العقد عن الفضولية بالرضاء الباطنى للزم القول بكون الكراهة الباطنية موجبة لفساد البيع مع انها لا توجب بطلانه و من هنا لو باع الغاصب العين المغصوبة مع كراهة المغصوب منه ذلك ، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهة الباطنية لا توثر فى فساد المعاملة وكذلك الرضاء الباطنى لا يكفى فى صحتهما لا ن سبيلهما واحد .

ثم قال : انه لو اشكل فى عقود غير المالك فلاينبغى الاشكال فى عقد العبد نكاحا او بيعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق المعصية التى هى مناط المنع فى الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلاله فى التصرف .

و يرد عليه : انه لاوجه لتخصيص الحكم بالعبد بل يجرى ذلك فى كل عقد كان فضولية من ناحية كونه متعلقا لحق الغير كبيع الراهن العين المرهونة مع رضاء المرتهن بذلك باطنا و نكاح الباكرة بدون اذن الولى و النكاح على بنت الاخ او الاخت بدون اذن العمة و الخالة فان الرضاء الباطنى يكفى صحة العقد فيها و فى امثالها و سياتى ذلك تفصيلا .

ثم انه ذهب شيخنا الاستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء الباطنى عن الفضولية مطلقا سواء كانت فضوليته لتعلق حق الغير بذلك ام كانت فضوليته من ناحية صدوره من غير المالك واليك لفظ مقرر بحثه .

﴿ والحق عدم صحة العقد الصادر من غير من بيده زمام امر المعقود عليه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك و من له الحق مرتهنا كان اومولى و ذلك لانه لوكان امر العقد موقوفا و غير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا او لعدم كونه مستقلاً فلايخرج عن التوقيف الا باستناده الى المالك او ذى الحق و الاستناد و التنفيذ من الامور الانشائية و يكونان كسائر الايقاعات لابد من ايجادهما اما باللفظ او بالفعل فلا الكراهة الباطنية رد و لا الرضاء الباطنى اجازة بل كل منهما يحتاج الى كاشف ﴾ .

و التحقيق هو التفصيل فى المقام بين ما كانت الاجازة لتحقيق استناد العقد الى المالك بحيث يكون العقد الصادر من الفضولى عقدا له بالحمل الشايع و بينما كانت الاجازة لاجل كون المبيع متعلقا لحق الغير ، فكل مورد تعتبر الاجازة فى العقد لاجل استناده الى من له العقد فان الرضاء الباطنى الساذج لايصح ذلك و فى كل مورد اعتبرت الاجازة ، لالتلك الجهة بل لجهة اخرى لاشبهة فى كفاية الرضاء الباطنى فى ذلك ، وعلى الاول ، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى و ان الاقتران برضاء المالك لايخرج العقد عن الفضولية ما لم يكن اذن و توكيل من المالك و الوجه فى ذلك ان العقد الصادر من الفضولى لايكون مشمولا لقوله تعالى : اوفوا بالعقود ، بديهة ان العقد لايكون مشمولا لتلك الآية الاباستناده الى المالك لان مقارنة الجمع بالجمع فى الاية الكريمة يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى اوفوا بعقودكم لاما عقدتهم و من الواضح ان العقد لايكون عقدا للمالك الا بالاستناد اليه اما بالمباشرة كما اذا

اوجده بنفسه او بالتسبيب كما اذا اوجده وكيله او بالاضافة اليه كما اذا رضى بالعقد الفضولى مع اظهاره ذلك بمظهر خارجى ومن الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى اجنبى عن ذلك كله وعلى الثانى فيكفى فى صحة العقد مطلق الرضاء و انكان باطنيا وغير منكشف بكاشف و ذلك كالامثلة التالية ٠

۱ـ انه اذا باع الراهن العين المرهونة فان اعتبار اجازة ـ المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحية لزوم استناد العقد اليه بل من ناحية أن العين وثيقة عنده ، فلايجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن ، فاذا رضى به المرتهن ولو باطنا صح البيع ، و بعبارة اخرى : ان المناط فى صحة العقد هوكونه مشمولا للا ـ طلاقات و العمومات الدالة على صحة العقود و لزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غاية الامر ان التصرف فى العين المرهونة موقوف برضاء المرتهن فاذا رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف ايضا ٠

۲ـ بيع المفلس فانه مستند اليه و مشمول للعمومات الا ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر اذنهم فى ذلك من هذه الناحية

۳ـ العقد على بنت الاخ و بنت الاخت فان صحة ذلك موقوفة على اجازة العمة و الخالة لا من جهة عدم استناد العقد الى الزوجين الا باذنهما بل من جهة اخرى ٠

۴ـ عقد العبد لغير سيده و بدون اذنه نكاحا كان او غير نكاح فان احتياجه الى اجازة السيد ليس من ناحية كون العقد عقداً للسيد و هو لا يتحقق الا باجازته بل من جهة انه ليس للعبد الاستقلال

فى التصرف فى قبال سيده ٠

٥ـ الوصية بما زاد على الثلث فانها تحتاج الى اجازة الورثة لكن لامن جهة عدم استنادها الى الموصى بل لاجل نفوذ الوصية

٦ـ عقد الباكرة بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه فى ذلك فان اعتباره فيه من جهة النفوذ لامن جهة الاستناد ٠

وعلى الجملة ان فى كل مورد كانت الاجازة لاجل استناد العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا و تشمله العمومات لايكفى فيها الرضاء الباطنى ، و فى كل مورد كانت الاجازه لاجل نفوذ العقد لا للجهة المزبورة يكفى فيها الرضاء الباطنى لانه يكفى فى النفوذ و لا دليل على اظهاره بمظهر خارجى ، و هذا بخلاف الاستناد الى المالك فانه ما لم يظهر فى الخارج لايصدق على ما اوجده الفضولى انه عقد للمالك ، و لانه بيعه و لا انه تجارته و يتضح ذلك وضوحا بمراجعة العرف و اللغة ، و اذن فلا يتم ما ذكره المصنف على وجه الاطلاق و لا ما ذكره شيخنا الاستاذ (و اظن ان كلام المصنف لاينا فى التفصيل المذكور لانه ذكر فى آخر كلامه(ثمّ انه لو اشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الاشكال فى عقد العبد الخ) خصوصا اذا حمل ما ذكره على المثال و ان كان الحمل عليه بعيدا من ناحية التعليل فى كلامه بقوله لعدم تحقق المعصية ٠

فما ذكره شيخنا الاستاذ من : (ان الاستناد و التنفيذ من الامور الانشائية و يكونان كسائر الايقاعات لابد من ايجادهما اما باللفظ او بالفعل)، انما يتم فى الاستناد فقط لا فى التنفيذ كما عرفته قريبا و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما افاد شيخنا الاستاذ فى

اخرکلامه من انه ثبت من الادلة الخارجیة عدم استقلال العبد و الراهن و الباکرة وکل من کان من قبیل هذه الطوائف الثلاث فی عقودهم و لا یخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاء ذی الحق فان به لا یسند العقد الیه ۰

ثم انه ربما یستدل علی کفایة الاقتران بالرضاء الباطنی فی خروج العقد عن الفضولیة بصحیحة محمد بن مسلم (۱) و روایة الحمیری (۲) فانهما تدلان علی حصر الشراء الصحیح برضاء المالک فیستفاد منهما

۱ـ عن ابی جعفر علیه السلام قال : سألته عن شراء اهل الذمة فقال لا باس بها فتکون اذا کان ذلک بمنزلتهم تؤدی عنها کما یودون قال : و سالته عن رجل من اهل النیل عن ارض ـ اشتراها بفم النیل و اهل الارض یقولون هی ارضهم واهل الاستان یقولون هی من ارضنا قال لا تشترها الا برضا اهلها صحیحة الوافی ج ۱۰ ص ۱۳۳ قال فی الوافی ‌ا الاستان بالضم اربع کور ببغداد ‌ا و فی اقرب الموارد : الکورة بالضم المدینة و الصقع و فی المفردات : و قیل لکل مصر کورة و هی البقعة التی یجتمع فیها قری و محال ج کور و قد ذکرنا سابقا ما هو المراد من النیل فی ـ ج ۳ ص ۱۸۰

۲ـ انه کتب الی صاحب الزمان علیه السلام ان بعض اصحابنا له ضیعة جدیدة بجنب ضیعة خراب للسلطان فیها حصة واکرته ربما زرعوا و تنازعوا فی حدودها و تؤذنهم عمال السلطان و تتعرض فی الکل من غلات ضیعته و لیس لها قیمة لخرابها و انما هی بائرة منذ عشرین سنة و هو یتحرج من شرائها لانه یقال ان هذه الحصة من هذه الضیعة کانت قبضت من الوقف قدیما للسلطان فان جاز شرائها من السلطان کان ذلک صونا و صلاحا له و عمارة لضیعته و انه یزرع هذه من القریة البائرة یفضل ما ضیعته العامرة و ینحسم عن طمع اولیاء السلطان و ان لم یجز ذلک عمل بما تامره انشاء الله فاجابه الضیعة لا یجوز ابتیاعها الا عن مالکها او بامره او رضاء منه ۰

ان المناط فى صحة البيع انما هو مجرد الرضاء و ان لم يبرز فى الخارج و لكن يتوجه عليه انه لايستفاد من امثال هذه التراكيب الا كون المستثنى شرطا فيما يقع بعد كلمة (لا) كقوله عليه السلام لاصلاة الا بطهور لا ان حقيقة مدخول كلمة (لا) منحصرة بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الاطلاق ، فيكون شأنهما شأن بقية الادلة الدالة على اعتبار الرضاء فى العقود و الايقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار الذى يقابل الكراهة و قد تقدم اعتباره فى العقود و الايقاعات

قوله ﴿ ثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك ﴾ .

اقول يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث :

الاولى : ان يبيع الفضولى للمالك .

الثانية : ان يبيع له مع سبق المنع عنه .

الثالثة : ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب .

اما المسألة الاولى فيقع البحث فيها من جهة انه هل يعتبر فى صحة العقود صدور انشائها من المالك بالمباشرة او ممن يقوم مقامه كالوكيل و الماذون ام لايعتبر فى صحتها ذلك ؟ بل المناط فى صحة العقود هو استنادها الى من له العقد ، و من الظاهر ان هذا المعنى كما يتحقق بالمباشرة و التسبيب كذلك يتحقق بالاجازة اللاحقة ايضا .

و لايخفى عليك انا اذا قلنا بصحة العقد الفضولى فى هذه المسألة ، فيقع الكلام فى صحته و فساده فى المسألتين الاتيتين و اذا قلنا بفساده هنا فلا شبهة بفساده فى المسألتين الاتيتين لان

ما يبحث عنه فى المسألة الاولى هو المتيقن من العقد الفضولى فاذا حكم بفساده حكم بفساد ما يبحث عنه فى المسألتين الاتيتين بالاولوية القطعية ٠

ثم انه وقع الكلام فى صحته و فساده فالمحكى عن الاكثر هو صحته - كالمقنعة و النهاية و الوسيلة و الشرايع و النافع وكشف الرموز و العلامة فى جملة من كتبه و حواشى الشهيد و مسائله و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و التنقيح و تعليق الارشاد و ايضاح النافع و الميسية و الروضة و المسالك وغيرها - و حكى المصنف عن غاية المراد حكاية القول بالصحة عن جمع من المذكورين وغيرهم ثم قال : و استقر عليه رأى من تاخر عدا فخر الدين و بعض متاخرى المتاخرين - كاالاردبيلى و السيد الداماد و بعض متاخر المحدثين - و قال فى التذكرة : « مسألة يشترط ان يكون البائع مالكا او من له ولاية كالاب و الجد له و الحاكم و امينه و الوكيل فلو باع الفضولى صح و وقف على اجازة المالك و به قال مالك و اسحاق و ابو حنيفة و الشافعى فى القديم و احمد فى احدى الروايتين و قال ابو ثور و ابن المنذر و الشافعى فى الجديد و احمد فى الرواية الاخرى يبطل البيع و هو قول لنا » و قال - بعد اسطر - : لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان و الوقف على الاجازة الا ان اباحنيفه، قال : يقع للمشترى بكل حال و ان كان فى الذمة لغيره و اطلق اللفظ قال : علماؤنا يقف على الاجازة الخ » و عن الحدائق : ان القول بالصحة كاد يكون اجماعا و ذهب جمع اخر الى فساده فعن

المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا وفى الخلاف ج ١ ص ٢٢٢ : «اذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة ينعقد البيع ويقف على اجازة صاحبه وبه قال قوم من أصحابنا دليلنا اجماع الفرقة ومن خالف منهم لا يعتد بقوله ولانه ممنوع من التصرف في ملك غيره والبيع» وعن الغنية نحوه من الصراحة وحكى القول بالبطلان ايضا عن الايضاح واختاره فى الحدائق واطنب فيه الكلام ولكنه لم يأت بشئ تركن اليه النفس ويطمئن به القلب وذكر جملة من النصوص محتجاً بالعثور عليها والاهتداء الى الاستدلال بها وستأتى الاشارة اليها والى عدم دلالتها على ما يرومه بل دلالة بعضها على خلاف مقصوده وفى شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ : «ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعى : لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالمالك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية وصار كبيع الابق والطير فى الهواء فى عدم القدرة على التسليم» وفى الفقه على المذاهب الاربع ج ٢ ص ١٦٦ ـ عن الشافعية ـ : «ومن شرائط المعقود عليه ان يكون للعاقد عليه ولاية فلا يصح بيع الفضولى» وفى ص ٢٤٠ ـ عن الحنيفة ـ : «امّا بيع ملك الغير بوكالة منه فانه صحيح نافذ وبيعه بدون وكالة فهو صحيح موقوف على اجازة المالك وهذا هو بيع الفضولى» وفى ص ٢٢٤ : «واما الموقوف وهو بيع ما يتعلق به حق للغير فانه من اقسام الصحيح وانه ينعقد بدون ان يتوقف على القبض» وفى ص ١٦٨ : «ومن

شروط العاقد، ان يكون مالكا او وكيلا عن مالك فلا يلزم بيع الفضولى »
وفى شرح العناية بها مش شرح فتح القدير ج ۵ ص ٣١٩ : « و
من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع و
أن شاء فسخ و هو مذهب مالك و احمد فى رواية وقال الشافعى فى
الجديد و هو رواية عن احمد لم ينعقد » .

و هنا قول ثالث و هو صحة البيع و بطلان الشراء و هو القول
الاخر للشيخ فى الخلاف قال فى كتاب النكاح : « لو اشترى لغيره
بغير اذنه لم يقف على اجازته وكان باطلا » ثم قال : وعندنا ان
البيع يقف على اجازة مالكه .

و فى المسألة وجهان اخران : احدهما انه ان وثق برضاء المالك
فاجاز صح و الا فلا . ثانيهما : انه ان لم يسبق منه منع ولم يظهر
كراهة صح و الا بطل .

و قد استدل على القول بصحة البيع الفضولى مع توقفه على
الاجازة بوجوه : الاول العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود
و لزومها و بيان ذلك انه لا شبهة فى ان صدق عنوان العقد او
التجارة عن تراض او البيع او صدق اى اسم من اسما أيّة معاملة
كانت لا يتوقف على مباشرة المالك بنفسه للعقد ، بل يكفى فى ذلك
النيابة بان يكون االمباشر لذلك غير المالك غاية الامر لا بد وان تكون
هذه المباشرة باذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد
الصادر من المباشر الى المالك ، و من المعلوم أن انتساب العقد
الى المالك كما يتحقق بمباشرة نفس المالك او بمباشرة غيره مع
الاذن منه كذلك يتحقق بالاجازة اللاحقة من المالك وحينئذ فيصدق

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك او تجارته او بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولا للعمومات و المطلقات المزبورة و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من اوفوا بالعقود هو اوفوا بعقودكم لا ما عقدتم و المراد من احل اللّه البيع هو حلية بيوعكم و المراد من التجارة عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لا يتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك ، و من الظاهر انها تستند اليه بالاجازة كاستنادها اليه بالمباشرة او بالاذن فتشملها العمومات غاية الامر انا نشك فى اعتبار مباشرة المالك شرعا او اقتران رضاوٴه بالعقد او وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات او تخصيص للعمومات بغير مخصص ومقيد فندفعه باصالة الاطلاق او العموم و هذا هو مراد المصنف (ره) من الاصل فى المقام لا اصالة البراءة و ان احتمله - بعيدا - المحقق الايروانى بناءً على جريان البراءة فى الاسباب و الاوضاع ·

و قد يتوهم ان التمسك بالعمومات هنا يتوقف على حصول اضافة عقد الفضولى الى المالك بالاجازة اللاحقة لكن الاضافة لا تحصل بذلك بعد وضوح ان المراد من عقودكم العقود الصادرة منكم ، ولو بالتسبيب لا العقود المنتسبة اليكم باية نسبة كانت ولو نسبة كونها مجازة لكم و من المعلوم ان عقد الغير لا يصير عقدا صادرا من شخص باجازته له ·

و لكن هذا التوهم فاسد اذ لافارق فى انتساب العقد من الاجنبى الى المالك بين الاذن السابق و الاجازة اللاحقة فكما ان الاذن السابق كاف فى صحة العقد و استناده اليه كذلك الاجازة

اللاحقة لانهما متساويان فى حصول الرضاء الذى هو الاصل فى ذلك
وقد اتضح لك مما بيناه فساد ما نوقش به فى التمسك بالعمومات
على صحة العقد الفضولى من ان المخاطب بتلك العمومات اما العاقد
الفضولى او الملك او غيرهما ولاسبيل الى كل منهما اما العاقد
الفضول فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا وهذا واضح ، واما
المالك فقبل اجازته كذلك والا لوجبت عليه الاجازة وأما بعدها فهو
مجيز لا عاقد ، و وجه الوضوح هو ما ذكرنا قريبا من ان معنى اوفوا
بالعقود هو اوفوا بعقودكم لا ما عقدتم وقد عرفت ان العقد الصادر من
الفضولى يكون عقدا للمالك بالاجازة اللاحقة ويستند اليه استنادا
تاما ، فيكون مشمولا للعمومات من حين الاجازة لا من حين العقد
فزمان الاجازة هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولى ٠

ومن هنا ظهر لك ما فى كلام المحقق الايروانى من الغرابة
حيث قال : (ان التمسك بالعموم بعد الاجازة مبنى على ثبوت
عموم ازمانى فى العمومات وليس له وجود وقد اعترف به المصنف ره
فى خيار الغبن) ، ووجه الظهور هو ان المصنف لم يدع شمول -
العمومات للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها الى زمان
الاجازة بالمخصص لكى يكون التمسك بها بعد الاجازة محتاجا الى
ثبوت العموم الازمانى للعمومات ، بل غرضه هو ما ذكرناه من أن زمان
الاجازة انما هو اول زمان صار العقد الفضولى مصداقاً للعمومات الدالة
على صحة العقود ٠

ثم انه يمكن أن يرجع الى ما ذكرناه استدلال جمع من الفقهاء
-كما عن المختلف وغيره - على صحة البيع الفضولى بانه عقل صدر

من اهله فى محله ، بداهة ان كون العاقد اهلا للعقد من حيث كونه بالغا عاقلا مع كون المبيع قابلا للبيع لا يثبتان الصحة الا بضميمة مقدمة اخرى ثابتة بالعمومات بان يقال ان العقد الفضولى عقد صدر من اهله فى محله وكل ما صدر من اهله فى محله صحيح شرعا للعمومات و المطلقات ٠

و ان ابيت عن كون مرادهم ذلك لتوجه عليهم مما عن الشهيد فى غاية المراد : من كونه مصادرة ضرورة ان تحقق الاهلية التامة عين الدعوى و جعلها دليلا على المدعى صرف مصادرة و لا يمكن دفعها الا بما كرناه و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا المحقق من ان ؛ اشتراط تاثير العقد بالرضاء لا ربط له باهلية العاقد و لا بكون المبيع قابلا لوقوع العقد عليه بل اهلية العاقد بما هو عاقد منوطة بكونه عاقلا عقلا ، و بكونه بالغا شرعا ، و قبول المحل منوط بكونه مما يتمول و مما يملك ، فلا قصور فى العاقد ، و لا فيما وقع عليه العقد ، و المفروض حصول الاجازة الكاشفة عن الرضاء و المحققه للانتساب ،فلا مصادرة وكون المبيع للغير لا يسقط العاقد بما هو عاقد عن اهلية العاقدية و لا المحل عن قبول وقوع العقد عليه ، فما افاده المصنف فى توجيه المصادرة و اجاب عنها باثباتها بالعموم خال عن الوجه ؛ ، و الوجه فى ذلك هو ان مجرد كون العاقد عاقلا بالغا ، و كون المحل مما يتمول ، و حصول الرضاء بالاجازة اللاحقة الكاشفة ، لا يثبت صحة العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنة الرضاء او سبق الاذن فانه مع هذا الاحتمال لا تتم الاهلية التامة للعاقد ، فلا يمكن نفيه الا باصالة العموم او الاطلاق و بذلك تثبت الاهلية التامة للعاقد ٠

و قد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولی صحیح علی القاعدة بمقتضی العمومات و الاطلاقات الدالة علی صحة العقود و لزومها و علیه ، فلا نحتاج الی الاستدلال علی صحته و نفوذه بالادلة الخاصة الا لمزید الوضوح و من جهة التأیید وعلیه فلو ناقشنا فی الادلة الخاصة اما من حیث السند او من حیث الدلالة فلا یضر هذه المناقشة بصحة عقد الفضولی و نفوذه بوجه ·

الوجه الثانی روایة عروة (۱) و وجه الاستدلال هو ان عروة قد باع احدی الشاتین بدینار من غیر اذن النبی(ص) واقره(ص) واظهر رضائه بذلك و دعا له فلوكان البیع الفضولی باطلا لم یقرره النبی (ص) بل كان علیه (ص) زجر عروة و الامر برد الدینار و اخذه الشاة او تجدید المعاملة بعد تحصیل الاذن من النبی(ص) مع انه ص لم یفعل شیئا من ذلك ، هذا ما یرجع الی الاستدلال بالروایة من ناحیة بیع عروة احدی الشائین بدینار و اما شراؤه الشاتین بدینار مع انه كان مأذونا فی شراء شاة بدینار الظاهرة فی الشاة لواحدة فذكر المصنف

۱ـ (فله روایتان قد تقدمت احداهما و اما الاخری فهی انه ان رسول اللّه ص بعث معه بدینار یشتری له اضحیة وقال مرة او شاة فاشتری له اثنتین فباع واحدة بدینار و اتاه بالاخری فدعا له بالبركه فی بیعه فكان لو اشتری التراب لربح فیه مسند احمد ج ۴ المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنزل العمال فی سنن الاقوال والافعال ص ۳۷۵ وعن حكیم بن حزام ان النبی ص بعث معه بدینار یشتری له اضحیة فاشتراها بدینار و باعها بدینارین فرجع فاشتری اضحیة بدینار و جاء بدینار الی النبی ص فتصدق به النبی ص و دعا ان یبارك له فی تجارته البحار ج ۲۳ ص ۳۴ ·

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضولية ، ولكن لم يبين الوجه فى ذلك ولعل نظره فى ذلك الى ان قول النبى (ص) لعروة اشتر به شاة يمكن ان يراد به كون الشراء الشاة الواحدة بدينار ، و يمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاة بدينار وعلى الثانى فلاشبهة فى عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحد و الاثنين وعلى الاول فان كان الظاهر فى بادى النظر هو كون الشراء فضوليا ايضا ولكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص اذا كان مأذونا فى شراء شاة واحدة بدينار فيكون مأذونا فى شراء شاتين بدينار بالاولوية القطعية ، وعليه فاذن النبى (ص) لعروة فى شراء الشاة الواحدة بدينار اذن له فى شراء شاتين ايضا بدينار ، فيكون الشراء خارجاً عن الفضولية على كل حال .

وقد ناقش المصنف فى الاستدلال بالرواية المزبورة على صحة البيع الفضولى : بان ذلك متوقف على دخول المعاملة المقرونة برضاء المالك فى بيع الفضولى ، وقد عرفت انها خارجة عنه ، وبيان ذلك أن عروة كان عالما ظاهرا برضاء النبى (ص) بما فعله من البيع والا لما اقبض المبيع ولم يقبض الثمن لان ذلك تصرف فى مال غيره بدون رضاه وهو حرام عقلا ونقلا ، وعليه فلابد اما من الالتزام بان عروة فعل الحرام بقبضه الثمن واقباضه المثمن ، وهو مناف لتقرير النبى (ص) وتبريكه (ص) ، واما من القول بجواز التصرف قبل الاجازة مع العلم بتعقبه لها .

وسيأتى ضعفه واذن ، فيدور الامر بين القول بخروج المعاملة المقرونة برضاء المالك عن الفضولية ، وبين القول بعلم عروة برضاء

النبى (ص) باقباضه ماله للمشترى حتى يستاذن من النبى (ص)مع علم المشترى بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه الثمن الى البايع على وجه الامانة و الا فلا يستحق الفضولى قبض المال لعدم كونه مالكا و لا وكيلا عنه و لكن الظاهر هو الوجه الاول اعنى به خروج البيع الصادر من عروة عن المعاملة الفضولية اذ من المستبعد جداً علم المشترى بكون بيع عروة فضوليا ، و يتضح ذلك بملاحظة ان الظاهر هوعدم كون المعاملة فضولية فى مورد الرواية ، بل وقعت بعنوان المعاطاة لانها وقعت بين النبى (ص) و بين مشترى الشاة و يكون عروة آلة محضا فى ايصال العوضين و قد عرفت فى مبحث البيع المعاطاتى انه يكفى فى صحة المعاطاة مجرد رضا المالكين بالنقل و الانتقال مع وصول العوضين الى كل من المتعاطيين ولو كان الوصول باطارة ريح او بفعل صبيى او بواسطة حيوان و من الظاهر انه يتسامح فى المعاطاة بما لا يتسامح به فى العقود اللفظية ٠

و يرد على ما ذكره المصنف اولا : ما ذكرناه انفامن أن اقتران العقد الصادر من الاجنبى بالرضا الباطنى من المالك لا يخرجه عن الفضولية ٠

و ثانيا : ان كون الصادر من عروة فضوليا او مندرجا تحت الكبرى المتقدمة متوقف على عدم كونه وكيلا مطلقا و مفوضا من النبى (ص) فى امر شراء الشاة او مطلقا الذى سمّى فى لغة فارس بكلمة (وكيل خرج) و من المحتمل ان يكون هوكذلك وعليه ، فلا يمكن الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولى اذ لاقرنية فى الرواية و لا من الخارج على كون البيع الصادر من عروة فضوليا ٠

وعلى الجملة ان ما صدر من عروة قضيت شخصية واقعة فى مورد خاص و لم يعلم جهتها فلا يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى و ان اصّرعليه جمع من الفقهاء و لاحملها على الكبرى المتقدمة

و ثالثا : ان تحقق القبض و الاقباض بين عروة و بين المشترى لايكون قرينة على عدم كون البيع الواقع بينهما فضولا بدعوى انه لو كان فضوليا لكان التصرف فى الثمن و المثمن بالقبض والاقباض حراما و ذلك لما ذكرناه انفا من عدم الملازمة بين كون البيع فضوليا و بين حرمة التصرف فى الثمن او المثمن ، ضرورة ان العلم بالرضا الباطنى للمالك يفيد جواز التصرف تكليفا لاجوازه وضعا .

ورابعا : انا لو سلمنا صحة المعاطاة الفضولية لكن لا نسلم كون فعل عروة ظاهرا فى المعاطاة لعدم القرينة على ذلك .

و دعوى ان القرينة على ذلك هو ان الغالب المعتاد فى امثال ذلك هو البناء على المعاطاة ، دعوى جزافية ، لانا لو سلمنا وجود الغلبة و لكنها لاتفيد الا الظن و هو لايغنى من الحق شيئا و من هنا ذكر السيد فى حاشيته بقوله : «لم افهم هذه الدعوى و لم أدر من اين هذا الظهور» .

وخامسا : انا ذكرنا فى الجزء الثانى ان الامثلة التى ذكروها لتحقق المعاطاة بمجرد ايصال العوضين الى كل من المالكين غير ظاهرة فى ذلك بل هى من امثلة المعاطاة المتعارفة راجع ج ٢ ص ١۶٩ .

و سادسا : ما ذكره المحقق الايروانى و اليك نصه«ان هنا خلط بين الرضا الكافى فى المعاطاة و الرضا الحاصل فى المقام فان

الرضا الكافى فى المعاطاة عن القصد الى انشاء البيع بايصال المبيع باى وجه اتفق و بواسطة اى حامل كان و الرضا الموجود فى المقام هو الرضا بالبيع من اى بايع تحقق بلا قصد الى ايجاد البيع فى الخارج ا .

و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الرواية ضعيفة السند وقد عرفته قريبا .

الوجه الثالث : صحيحة محمد بن قيس عن ابى جعفر(ع) قال قضى اميرالمؤمنين(۱) لان قوله عليه السلام فيها فى معالجة فك الولد بعد المناشدة : خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ظاهر فى نفوذ البيع الفضولى بالاجازة اللاحقة اذ لو كانت الاجازة فاسدة وغير مؤثرة فى العبد الفضولى لما امر الامام عليه السلام بحبس الابن حتى يجيز الاب بيعه، فيعلم من ذلك ان اجازة بيع الفضولى تؤثر فى صحتها .

و قد نوقش فى الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى :

۱ـ عن ابى جعفر عليه السلام قال قض اميرالمؤمنين عليه السلم فى وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها فنا شده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينقد (فى يب ينفذ) لك البيع فلما اخذه قال له ابوه ارسل ابنى قال لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه صحيحة الكافى ج ۵ص ۲۱۱ و التهذيب ج ۲ ص ۱۳۸ و ۲۵۰ و الاستبصار ج ۳ من طبعه النجف ص۸۵ و الفقيه ج ۳ من طبعة النجف ص۱۴۰ .

المناقشة الاولى : ان القائلين بصحة عقد الفضولى قدالتزموابصحة التأهلية و بقائه على حاله موقوفا على اجازة المالك فان اجازه لزم و ان فسخه انفسخ و اذا انفسخ لم توثر فيه الاجازة اجماعا مع ان الصحيحة ظاهرة فى نفوذ الاجازة بعد الرد من نواحى شتى :

١ـ قوله : الحكم ان تاخذ الوليدة و ابنها فان هذا الحكم لا يصح الا بعد الرد ٠

٢ـ قول السائل : ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال : وليدتى باعها ابنى بغير اذنى و من الظاهر ان المخاصمه ظاهرة فى الرد ، اذ لولاه لما وقعت المخاصمة بين السيد الاول و السيد الثانى بل كانت الوليدة و ابنها للسيد الثانى من دون ان تكون هناك مخاصمة و مرافعة ٠

٣ـ مناشدة المشترى للامام عليه السلام و الحاجة اليه فى علاج فكاك ولده ، و من الواضح انه لو لم يكن البيع مردودا من قبل السيد الاول : لم يكن وجه لهذه المناشدة و الحاجة اليها ٠

٤ـ قول الامام عليه السلام ـ فى مقام تعليم علاج فك الولد للمشترى ـ : « خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذلك البيع » اذ لو لم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الاول الى اخذ الوليدة و ابنها فهذه القطعة من الرواية صريحة فى اخذ السيد الاول ابن الوليدة و اخذ الابن ظاهر فى رد البيع من حيث ان اخذ الابن لاجل كونه نماءً للوليدة التى هى مملوكة له ٠

فتحصل ان الرواية ظاهرة فيما هو مخالف للاجماع و اذن فلابد اما من طرحها و ارجاع علمها الى اهلها ، و اما من رفع اليد عن ـ

ظهور كون الاجازة بعد الرد او يراد من الاجازة البيع الجديد او حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامة المجلسى (ره) فى مرآت العقول ص ۴۰۷ ج ۳ قال : (الظاهر ان هذا من حيله التى كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) ولا بأس بتعليم هذه الحيلة لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع واقتضاء المصلحة لذلك مثل ان علياً عليه السلام كان عالما - فى مورد الرواية - بكون الابن وكيلا فى بيع وليدة ابيه وانكر الاب وكالة ابنه وادعى عدم الاذن فى ذلك فاحتال على عليه السلام حيلة لكى يصل بها الحق الى صاحبه او تحمل الصحيحة على غير ذلك من المحامل .

وعلى الجملة ان ما هو مسلم عند القائلين بصحة العقد الفضولى وهو عدم كون الاجازة مسبوقا بالرد ، فالرواية أجنبية عنه وما اشتملت عليه الرواية من تأثير الاجازة بعد الرد مخالف للاجماع وان التزم السيد بظاهرها وقال : (فالانصاف ان الرواية لامانع من العمل بها وتكون دليلا على صحة الاجازة حتى بعد الرد) ، ولكن الظاهر انه لا اشعار فى الرواية بكون الاجازة بعد الرد فضلا عن الدلالة عليه اما قوله عليه السلام « الحكم ان ياخذ وليدته وابنها » فلا دلالة فيه على ما يرومه الخصم ، وذلك لان الرواية خالية عن تعرض المالك لفسخ العقد او امضائه بل غاية ما يظهر منها هو عدم رضاه باقباض ابنه ولذا استرد الوليدة وابنها ومن الظاهر انه يجوز للمالك قبل اجازة العقد الفضولى ان يتصرف فى المبيع حتى على القول بالكشف غاية الامر انه اذا اجاز العقد الفضولى انكشف بطلان تصرفه لا انه لا يجوز تصرفه فى ماله تكليفا قبل الاجازة ولا شبهة فى ان تصرفه هذا

قبل الاجازة لايكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلك من جهة تردده بين الفسخ والامضاء ولايشترط فى تاثير الاجازة وقوعها عقيب عرض البيع على المالك من دون أن يفصل بينهما : التردد بين الفسخ والامضاء او التوقف فى ذلك ، بل العبرة فى تاثير الاجازة بكونها قبل الفسخ ويدل على ما ذكرناه ما ذهب اليه الأصحاب من الحكم بصحة اجازة المكره بعد زوال اكراهه ، فيعلم من ذلك أن الكراهة الباطنية لاتوجب فسخ المعاملة فضلا عن التردد بين الفسخ والامضاء اما مناشدة المشترى للامام عليه السلام فى فكاك ولده فلا تدل ايضا على ان المالك قد رد البيع واخذ ابن الوليدة لكونه مملوكا له لان الولد لايملك على تقديرى الاجازة والفسخ لكونه حرّاً كما سياتى بل المناشدة من حيث ان المشترى طلب من الامام عليه السلام علاجا لفك الولد واجازة البيع فعلمه الامام (ع) طريقا لذلك وهو قوله (ع) «اخذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذلك البيع» .

ومن هنا اتضح لك انه لادلالة فى قول المشترى : «حتى ترسل ابنى» على تحقق الرد قبل الاجازة نعم له ظهور فى عدم الاجازة وهو اعم من الرد كما اتضح لك انه لادلالة فى قوله (ع) : «خذ ابنه الى ... اخره» على تحقق الرد قبل الاجازة بل هو طريق علّمه الامام (ع) للمشترى لكى يتشبث به فى فكاك ولده اجازة البيع واما المخاصمة ، فلا دلالة فيها ايضا على رد البيع غاية الامر انها تدل على عدم رضا المالك بالبيع وعدم اذنه فيه وهذاظاهر .

وعلى الجملة انه لادلالة فى شئ من الوجوه المتقدمة على تحقق الرد قبل الاجازة بل هى اعم منه ومن التردد بين الاجازة

والرد او التوقف فيهما ·

المناقشة الثانية : ان الامام (ع) قد حكم للسيد الاول باخذ الوليدة وابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهة ، وذلك لان المشترى لم يعلم بكون الوليدة لغير البائع اذ لو كان عالما بذلك لكان الوطى حراماً وصار الولد رقاً لتولده من الزنا فيعلم من ذلك ان المشترى لم يكن عالما بالحال وان الولد انما تولد من الشبهة وقد حقق فى محله ان ولد الشبهة ملحق بابيه ، فيكون حراً ومعه كيف يجوز للسيد الاول ان ياخذه ·

وقد اجيب عن هذه المناقشة بوجهين الوجه الاول ، انه لا مانع عن كون المشترى عالما بالحال ، وعليه فيكون الولد من الزناء فيصير رقاً للسيد الاول لولا الاجازة ·

ويرد عليه انه لو كان الامر كما ذكر لما حكم الامام عليه السلام باخذ الابن لانفاذ البيع بل يجب على المشترى حد الزناء ·

الوجه الثانى : ان الولد وان كان حرا ولكن اخذه السيد الاول لاستحصال قيمة يوم الولادة لانه وان لم يكن مالكا للولد لكونه حرا ومتولدا من الشبهة ولكن له ان يطالب قيمته يوم الولادة لكونه نماءً لمملوكه وهو الوليدة وقد حمل الرواية على هذا الشيخ (ره) فى الاستبصار واليك لفظه : (فالوجه فى هذا الخبر انما ياخذ وليدته وابنها اذا لم يرد عليه قيمة الولد فاما اذا بذل قيمة الولد فلا يجوز اخذ ولد الحر) ج ۳ ص ۸۵ وتبعه المحقق التسترى فى مقابيسه وجعل هذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال فى خلال كلامه : (وذكر فى جملة من الاخبار ان للمالك قيمة الولد وفى بعضها

انه رق و الجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولد للتوصل الى اخذ قيمته و ان لم يجز تملكه) ثم استشهد على ذلك ببعض الروايات و هذه الروايات مروية فى ج ٣ يب ص ٢١٣ و الظاهر انه لا بأس بهذا الوجه بعد مساعدة الروايات عليه فراجع المقابيس ٠

و يرد عليه ان المطالب (بالفتح) هنا انما هو المشترى فلو جاز حبس المديون لاستحصال الدين ، فلابد و ان يحبس المشترى دون ولده غير المقصر ٠

و التحقيق أن يجاب عن المناقشة بانه لا شبهة فى ظهور الرواية فى صحة بيع الفضولى بالاجازة المتاخرة و قد عرفته قريباً غاية الامر انها اشتملت على حكم آخر لا نعرف سرّه و لا ربط له بجهة الاستدلال و من الظاهر ان اشتمالها على جهة مجهولة لا يسقطها عن الحجية من سائر الجهات غير المجهولة ٠

المناقشة الثالثة : انّه قد حكم الامام عليه السلام للمشترى باخذ ابن السيد مع ان ذلك لا يجوز لان غاية الامر كونه غاصبا و الغاصب ليس حكمه ذلك ٠

و اجيب عنه بانه يمكن ان يكون ذلك لمطالبة المشترى الثمن الذى دفعه اليه و من الظاهر انه لا بأس بحبس المديون لاستحصال الدين ٠

و يتوجه عليه ان هذا الحكم و ان كان صحيحا فى نفسه لان الغرامة المتوجهة على المشترى متوجهة على البايع لانه الذى غرّ المشترى و تسبب لخسرانه و قد دلت النصوص والفتاوى على ان المغرور يرجع الى الغار ، و لكن هذا الوجه لا يناسب ذيل الروايه اعنى به

قول المشترى للسيد الاول : ﴿لا و اللّه لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابنى﴾ فلما راى ذلك اجاز البيع ، فان الظاهر من هذه القطعة من الرواية هو ان حبس المشترى ابن السيد الاول لم يكن لاجل استحصال الثمن بل لاجل فكاك ولده ٠

و التحقيق ان يجاب عن هذه المناقشة ايضا مثل ما اجبنا به عن سابقتها من ان هذا حكم آخر لا نعرف ربطه بجهة الاستدلال من الرواية على ما نحن فيه ٠

و يؤيد ما ذكرناه ان القضايا التى صدرت من اميرالمؤمنين عليه السلام لم تصل الينا بجميع خصوصياتها الخارجية الواقعة بين المترافعين وكذلك هذه القضية التى بين ايدينا فان غرض الامام ابى جعفر عليه السلام من نقلها ليس الا بيان ان اميرالمؤمنين عليه السلام قد حكم بان البيع على مال الغير قابل للاجازة و ليس غرضه بيان خصوصيات القضية باجمعها ٠

ثم انا لو تنزلنا عما ذكرناه من كون الصحيحة ظاهرة فى صحة بيع الفضولى بالاجازة المتاخرة و قلنا بظهورها فى صحته بالاجازة المسبوقة بالرد الذى هو مخالف للاجماع فهل يستفاد منها تاثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا ام لا ؟

ذكر المصنف ره (ان الانصاف ان ظهور الرواية فى ان الاجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية فى مورد الرواية غير قابل للانكار ، فلابد من تاويل ذلك الظاهر لقيام القرينة وهى الاجماع على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرد) ٠

و ملخص كلامه ان الصحيحة و ان وردت فى قضية شخصية التى

لا يمكن التعدى منها الى مثلها اجماعا و لكن يمكن ان يستنبط منها تأثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا فى غير مورد الاجماع ٠

و يتوجه عليه : ان هذا انما يتم فيما اذا كان للرواية عموم او اطلاق ، فان فى مثل ذلك ترفع اليد عن خصوصية المورد و يؤخذ بالعموم او الاطلاق و ذلك لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من رواية على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلك الكبرى بالكلية و نظير ذلك كثير فى الروايات (١) و اما اذا لم يكن للرواية اطلاق او عموم ـ كما فى المقام حيث ان الصحيحة تحكى قضية شخصية فى مورد خاص لا نعرف كيفية وقوعها من جميع الجهات ـ فلا يمكن التعدى من موردها الى غيره ٠

الوجه الرابع : انه قد دلت النصوص المعتبر و الاجماعات

١ـ منها صحيحة ابى نصر البزنطى عن ابى الحسن(ع) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك ايلزمه ذلك فقال لا قال رسول اللّه (ص) وضع عن امتى ما اكره عليه وما لم يطيقوا و ما اخطأوا الوسائل ج ١۶ باب ١۶ من كتاب الايمان ج ۶ فان هذه الصحيحة و ان تنطبق على موردها اذ لا يلزم الحلف بالامور المذكورة فى الرواية فى غير حال الاكراه ايضا عند الاماميه و لكن هذا لا يمتنع عن التمسك باطلاق حديث الرفع فى غير مورد الرواية و هذا ظاهر و منها موثقه ابن بكير قال سأل زرارة ابا عبد اللّه(ع) عن الصلاة فى الثعالب و الفنك و السنجاب الى اخر الحديث و الى غير ذلك من الروايات ٠

المحكية على صحة الزواج الفضولى(۱) و اذا صح الزواج الفضولى صح سائر العقود الفضولية بالاولوية و ذلك لان الماليات يتسامح فيها بما لا يتسامح به فى الفروج ضرورة ان النكاح مبنى على الاحتياط و

۱ـ عن على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سالته عن مملوكة بين رجلين زوجها احدهما و الاخر غائب هل يجوز النكاح قال اذا كره الغائب لم يجز النكاح ، وعن عبيد بن زرارة عن ابى عبدالله عليه اللام فى عبد بين رجلين زوجه احدهما و الاخر لا يعلم ثم انه علم بعد ذلك له ان يفرق بينهماقال :للذى لم يعلم و لم ياذن ان يفرق بينهما و ان شاء تركه على نكاحه الوافى ج ۱۲ ص ۸۹ و عن ابن بزيع قال : سأله رجل مات وترك اخوين و ابنة و الابنة صغيرة فعمد احد الاخوين الوصى فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابن المزوج فلما ان مات قال الاخر اخى لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية ايّ الزوجين احب اليك الاول او الآخر قالت الآخر ثم ان الاخ الثانى مات و للاخ الاول ابن اكبر من الابن المزوج فقال للجارية اختارى ايهما احب اليك الزوج الاول او الزوج الآخر فقال الرواية فيها انها للزوج الآخر و ذلك انها قدكانت ادركت حين زوجها و ليس لها ان تنقضى ما عقدته بعد ادراكها (يب ج ۷ ص۳۸۷ الوافى ج ۱۲ ص ۶۷ و فى رواية البقباق اذا زوج الرجل ابنه فذلك الى ابيه موثقة . الوافى ج ۱۲ ص ۶۵ يب ج ۲ ص ۲۲۴ و رواه الشيخ بسند اخر فى ص ۲۲۵ وعن محمد بن الحسن الاشعرى قال كتب بعض بنى عمى الى ابى جعفر الثانى عليهالسلم ما تقول فى صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب بخطه لا تكره على ذلك و الامر امرها الوافى ج ۱۲ ص ۶۶ يب ج ۲ ص ۲۲۳ و عن الكاهلى عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام انه سأله رجل زوّجته أمه و هو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لا مه الوافى ج۱۲ ص ۶۸ يب ج ۲ ص ۲۲۴ .

فی غیر واحد من الروایات (۱) ما یدل علی شدة الاهتمام بامر النکاح والاحتیاط فیه وعلل ذلك فی بعضها بانه یکون منه الولد و من الظاهر انه اذا جاز العقد الفضولی فیما کان الاحتیاط فیه اشد جاز فیما کان الاحتیاط فیه اضعف بطریق اولی وقد تمسك بهذا الوجه جماعة من الفقهاء بل قال فی الریاض : (ولعمری انها من اقوی الادلة ولولاها لاشکل المصیر الی هذا القول لحکایة الاجماعین الآ- تیین) .

ویتوجه علی هذا الوجه ان اهتمام الشارع بامر النکاح وشدة احتیاطه فیه لا یقتضی الاهتمام بسببه والاحتیاط فیه بل یقتضی ذلك ان یکون سببه اسهل لئلا یقع الناس فی الزنا بسبب التکلیف والضیق مثلا اذا اعتبرت العربیة فی مادة الصیغة وهیئتها ولهجتها کان ذلك سببا لعدم تمکن اکثر الناس من سبب النکاح و یقعون فی الحرام کثیراً ، فالاهتمام بامر النکاح یقتضی عدم الاحتیاط فی سببه دون- الاحتیاط فیه لکن یعتبر فیه ما لا یعتبر فی سائر العقود من الخصوصیات بل ربما یعتبر فی سائر العقود ما لا یعتبر فی عقد النکاح کالتقابض فی المجلس فانه معتبر فی الصرف والسلم ولکنه غیر معتبر فی عقد النکاح وکثیراً تری التوسعة فی اسباب النکاح من تشریع المتعة و ملك الیمین والتحلیل وجواز الاقتصار فی مقام الاذن بالسکوت وغیر ذلك واذن ، فعدم احتیاط الشارع فی النکاح بالتوسعة فی اسبابه

۱- ج ۷ یب ص ۶۷ والوسائل باب ۲ من ابواب الوکالة و روایة اخری فی ج ۱۶ وافی ص ۵۲ و روایة شعیب الحداد و فی ج ۲ یب ص ۲۴۵ .

لايدل بالفحوى على التوسعة فى اسباب سائر العقود وعليه فلادلالة فى الروايات الواردة فى صحة عقد النكاح الفضولى مع ضميمة ما دل على شدة الاحتياط فى النكاح على صحة سائر العقود الفضولية لا بالاولوية و لا بغيرها و اذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الاولوية ظنية و الظن لا يغنى من الحق شيئا ۰

ثم انه ناقش المصنف فى الاستدلال بالفحوى على صحة البيع الفضولى ، وحاصل مناقشته ان الاولوية المزبورة و ان كانت ثابتة فى بادى النظر و لكنها مردودة بالنص الوارد فى الرد على العامة فى فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث حكموا بالبطلان فى الاول لان البضع ليس له عوض و بالصحة فى الثانى لان المال له عوض و قد وبخهم الامام و قبحهم برمى رايهم السقيم و زعمهم الواهى الى الجور و الفساد و استذموا و استلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام : ما اجور هذا الحكم وافسد فان النكاح اولى و اجدر ان يحتاج فيه لانه الفرج ومنه يكون الولد (۱) وعليه ، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحة النكاح الواقع اولى من الحكم بصحة البيع الواقع و اذن فتدل الرواية على كبرى كلية و هى ان الحكم بصحة المعاملة المالية الواقعه فى كل مقام يستلزم الحكم بصحة النكاح بالاولوية دون العكس كما زعمه اهل السنة و الجماعة ، وحينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح فى مسألة الفضولى الى صحة البيع لان الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الاصل فى باب

۱ـ يب ج ۲ ص۶۷ وسائل باب ۲ من ابواب الوكالة ۰

الاولوية و الا لم تتحقق الاولوية و اذن فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح اولى بالبطلان من جهة ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض ٠

ثم انه ما هو الوجه فى ان الامام (ع) قد جعل الاحتياط فى ابقاء النكاح لا فى ابطاله ؟ مستدلا بانه يكون منه الولد مع ان الامر فى الاعراض كالاموال دائر بين المحذورين ضرورة ان ابقاء النكاح الذى اوقعه الوكيل قبل وصول عزله اليه احد المحذورين و ابطاله هو المحذور الآخر وعليه فلا يكون احتياط فى البين ٠

و لعل الوجه فى ذلك : هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى : درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الاخذ بالجانب الاهم و بيان ذلك : ان الحكم بابطال النكاح فى موارد الاشتباه التى منها مورد الرواية اعنى به مسألة عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحة النكاح واقعا فتتزوج المرأة بزوج آخر و حينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل و هذا بخلاف ما لو حكم بصحة النكاح و ابقائه فانه حينئذ لو كان باطلا فى الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل و من الظاهر ان هذا اهون من الزنا بذات البعل فالامام عليه السلام قد جعل الاخذ بأخف المحذورين احتياطاً فى الموارد المشتبهة من الاعراض انتهى ملخص كلامه ٠

و التحقيق ان الرواية اجنبية عما افاده المصنف و ان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا فى البيع و لا فى النكاح لا من حيث ـ الفتوى و لا من حيث العمل ، بل الرواية ناظرة الى جهة اخرى

غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك : ان حكم هوءلاء بصحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقا للواقع و لكنه حرام لانهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكى يجيب عنه الامام (ع) بان النكاح اولى و أجدر بالاحتياط ، فيكون اولى بالصحة بل استندوا فى ذلك الى الاستحسان الذى يقتضى الصحة فى البيع و البطلان فى النكاح ولاريب ان الاستناد الى الاستحسان فى مقام الفتوى حرام لانه ، فتوى بلا علم و لاهدى من الله و لاكتاب منير ، و من الواضح ان الفتوى بلا علم حرام بالادلة الاربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل ، فلا شبهة فى ان حكمهم بصحة البيع لا يوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه وعدم وقوعه ، وحينئذ فامره دائر بين المحذورين فلا احتياط فى البين و هكذا الحال فى النكاح ايضا طابق النعل بالنعل ، ضرورة ان حكمهم ببطلانه غير مبنى على الاحتياط بل انما هو مبنى على الاستحسان وعليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلا علم و انه فى نفسه اما واقع او غير واقع فيكون فى مقام العمل من صغريات دوران الامربين المحذورين لا من موارد الاحتياط ، نعم يمكن الاحتياط فى النكاح بانحاء شتى :

۱ـ طلاق المرأة ، لانها لوكانت مزوجة فى الواقع لبانت عن زوجها و الا اصبح الطلاق لغوا ٠

۲ـ اجراء العقد عليها ثانيا ٠

۳ـ الاجازة مع عدم رد المرأة العقد الذى اوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل ٠

و اما معنى الخبر فغرض الامام (ع) منه ـ و الله العالم ـ انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين افتوا بصحة البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستندين فى ذلك الى الاستحسان و بيان ذلك ان هؤلاء قد- وضعوا امر الدين اصولا و فروعا فى غير محله و لم يرجعوه الى اهله و لم يستندوا فيه الى آية صريحة و لا سنة معتبرة و لا عقل سليم بل استبدوا بآرائهم الواهية و عقولهم الناقصة و انقطعوا بذلك عن العترة الطاهرة و استظهروا بالمعصية على الطاعة و بالفرقة على الاجتماع و بالشتاة على الالفة و بالباطل على الحق و استبدوا العمى من الرشد والذل من العز حتى تمزق الاجتماع و تفرق المسلمون مثل ايادى سبا و طلعلت الشمس من غير محلها فضلوا و اضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الادلة و البراهين و التعبد بسنة سيد المرسلين قد اخذ الاعناق الى الاخذ بمذهب الائمة الطاهرين و الانقطاع اليهم فى فروع الدين وعقائده و اصول الفقه و قواعده و معارف السنة و الكتاب وعلوم الاخلاق و السلوك و الاداب فالامام(ع) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطو فى الماليات و افتوا بصحة البيع الفضولى و استندوا فى رايهم هذا الى الاستحسان و لم يرجعوا فيه الى اهله و لم يمتنعوا عن الحكم فيه و ان كان رأيهم موافقا للواقع و لم يحتاطوا فى الاعراض ايضا حيث افتوا ببطلان النكاح الفضولى مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين و الدنيا وكان الاحتياط فيه اجدر و احرى لان تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين و الزنا بذات البعل و يكون ذلك وسيلة الى تولد الفراعنة و الجبارة فيفسدون فى الارض و يسفكون الدماء و قد اشار الامام عليه السلام

الی خطائهم و بطلان استحسانهم بقوله علیه السلام ما اجور هذا الحکم و افسد فان النکاح اولی و اجدران یحتاط فیه ·

وعلی الجملة ان الامام علیه السلام و بخهم و وجه الازلاء علیهم من جهة اقدامهم علی الفتوی بلا دلیل شرعی وعدم سکوتهم فیما لا بد من التوقف فیه مع ان الاحتیاط کان مقتضیا للسکوت، فقد اتضح لك مما بیناه ان الروایة بعیدة عن المعنی الذی ذکره المصنف

ثم انه قد یقرر تقریب الفحوی بوجه آخر ـ کما فی االمقابیس و غیره ـ وحاصله انه اذا صح تملیك البضع بالاجازة مع انه لا عوض له صح التملیك المال المتضمن للعوض بالاولویة ·

و یرد علیه ان عدم مقابلته بالمال لایدل علی الاولویة المزبورة اذ من المحتمل ان یکون ذلك لاهمیة البضع و یضاف الی ذلك ان البضع ایضا له عوض غایة الامر انه لا یلزم ذکره فی العقد بل فی الجواهر (انه لاخلاف فی ان ذکر المهر لیس شرطا فی صحة العقد بل الاجماع بقسمیه علیه مضافا الی ظاهر آیة لاجناح والنّصوص المستفیضة او المتواترة) ·

علی ان هذه الاولویة ظنیة لان مصالح الاحکام خفیة و من الظاهر ان الادلة الظنیة لاتصلح لاثبات الاحکام الشرعیة ·

****

الوجه الخامس الروايات (١) الدالة على صحة نكاح العقد الواقع بدون اذن مولاه وقد علل هذا الحكم فى بعضها بانه لم يعص اللّه وانّما عصى سيده فقد استدل بها على صحة بيع الفضولى و تقريب ذلك بوجهين :

الاول من ناحية الفحوى والاولوية المستفاد من مجموع تلك الاخبار وبيان ذلك انه اذا صح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده بالاجازة اللاحقة مع كونه فضوليا لتصرفه فى مملوك مولاه و كونه محجورا عليه اذ لاسلطان له فى مقابل سلطنة مولاه صح العقد

١ـ عن على بن جعفر عن اخيه عليه السلام : انه اتاه رجل بعبده فقال : ان عبدى تزوج بغير اذنى فقال عليه السلام : فرق بينهما فقال السيد لعبده : ياعدوا للّه طلق فقال (ع) كيف قلت له قال : قلت له : طلق فقال للعبد اما الان فان شئت فامسك حيث قلت له طلق اقررت له بالنكاح يب ج ٢ ص ٢١٤ الوافى ج ١٢ ص ٨٨ واالبحار ج ٢٣ ص ٨٠ وعن معاوية بن وهب عن الصادق (ع)انه قال فى رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه ان لايتزوج فاعتق الامة وتزوجها فقال لايصلح له ان يحدث فى ماله الا الاكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود قيل فان سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئا قال اذا صحت حين يعلم بذلك فقد اقر الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ والوافى ج ١٢ ص ٨٨ وعن زرارة عن ابى جعفر (ع) قال سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال : ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما فقلت لابى جعفر (ع) فانه فى اصل النكاح كان عاصيا فقال (ع) وليس بعاص للّه وانما عصى سيده وفى رواية اخرى لزرارة عنه (ع) انه لم يعص اللّه وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ والوافى ج ١٢ ص ٨٨ و يب ج ٢ ص ٢١٣ .

المتمرض فى الفضولية بالاولوية ·

وفيه ما عرفته آنفاً من ان الاولوية ليست بقطعية لكى يمكن الاخذ بها فى الاحكام الشرعية بل هى ظنية فلا يجوز الاستناد اليها لان مصالح الاحكام غير معلومة لنا ·

الثانى : من ناحية عموم التعليل المذكور فى الخبرين فقد استدل بذلك شيخنا الاستاذ واليك لفظ مقرر بحثه : (ان ظاهر قوله عليه السلام انه لم يعص اللّه وانما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع اللّه سبحانه المنشأ بالعقد واما اذا كان مشروعا من قبله سبحانه ولكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط باجازته ، فاذا اجاز جاز فقوله (ع) فاذا اجاز جاز بمنزلة كبرى كلية وخصوصية كون العاقد عبداً وكون ذى حق سيدا ملغا قطعا ، لانه (ع) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فامر هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله وان شاء اجازه وعلى هذا ، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لامن قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال ، لان المناط فى صحة الفضولى توقف العقد على اجازة الغير سواء كان جهة الوقوف كون المال مال الغير ام كونه متعلقا لحق الغير كتعلق حق الرهانة اوحق الغرماء والديان اوحق السادات والفقراء ونحو ذلك) ·

وملخص كلامه : ان الاستدلال بتلك الروايات على صحة بيع الفضولى لا يتوقف الى اثبات الاولوية لكى يناقش فيها بماعرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العلة المنصوصة فى الخبرين المستفادة من مقابلة عصيان اللّه بعصيان السيد بدعوى

ان العبد لم يعص الله فى نكاحه لكى يكون قابلا للزوال بالاجازة اللاحقة كالعقد فى العدة و اشباهه كما فى احد الخبرين لان حرام الله حرام الى يوم القيامة و انما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه ، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع فى نفسه و انما المانع عن نفوذه هو كراهة السيد فاذا رضى به صح وعليه ، فيصح كل عقد مشروع فى نفسه بالاجازة اللاحقة اذ لا خصوصية لنكاح العبد لنفسه و اذن فالامام (ع) فى مقام بيان الضابطة الكلية و هى ان كل عقد كان فيه عصيان لله تعالى ، فهو فاسد كالعقد فى العدة و العقد على المحارم و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله تعالى فهو صحيح غاية الامر انه محتاج الى اجازة سيده ٠

و قال المصنف ما هذا لفظه (و ربما يوءيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بانه لم يعص الله و انما عصى سيده ، أن المانع من صحة العقد اذا كان لا يرجى زواله ، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى و اما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فانه لا يرض اولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فانه يستحيل رضاه ٠

و يرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحة بيع الفضولى بالاجازة اللاحقة للفرق الواضح بين مفادها و بين البيع الفضولى ضرورة اذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا اذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما

هو معتبر فی صحته و هو رضا السید و اذن ، فلا اشعار فیها بصحة البیع الفضولی فضلا عن الدلالة علیها نعم یمکن التعدی منها الی ما یماثل موردها کعقد بنت الاخ ، فان صحته متوقفة علی رضا العمة وکعقد بنت الاخت فان صحتها متوقفة علی رضا الخالة علی ما فی بعض الروایات (۱) وعلیه فاذا تزوج الرجل ببنت الاخ بدون رضا العمة او ببنت الاخت بدون رضا الخالة حکم بصحة ذلك بالرضا المتاخر منهما من جهة تلك الروایات لانه لم یعص الله حتی لایزول عصیانه بل عصی المخلوق فیزول بالرضا وعلیه فتدل الروایة علی کبری کلیة وهی ان کل عقد صدر من اهله ووقع فی محله ولکن یتوقف نفوذه علی اجازة الغیر فهو نافذ بالاجازة بمقتضی التعلیل المذکور فی تلك الاخبار ، فلا دلالة فیها علی صحة ما یتوقف اصل انعقاده علی اجازة الغیر ، نعم لوکان التعلیل بان کان کل عقد کان فیه عصیان المخلوق دون الخالق ، فهو محکوم بالصحة برضا الغیر لکان شاملا للبیع الفضولی ایضا ولکن الواقع فی الروایة لیس کذلك .

وقد اتضح لك مما ذکرناه انه لایصح الاستدلال علی صحة بیع الفضولی بالاجماع علی نفوذ بیع المفلّس مع اجازة الغرماء وعلی نفوذ بیع الراهن مع اجازة المرتهن لان شیئا من ذلك لایرتبط بما نحن فیه .

ثم اذا سلمنا دلالة الاخبار المذکورة علی صحة عقد الفضولی لم یصح ما نسب الی ابن حمزة ره من ان نکاح العبد وکذا نکاح

۱ـ راجع الوافی ج ۱۲ ص ۳۷ و یب ج ۲ ص ۲۰۸ والکافی ج ۵ ص ۴۲۴ و الوسائل باب ۳۰ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة .

الحر لغيره فضولا كنكاح الولى الشرعى و العرفى انما يصح بالاجازة لخصوصية خاصة فى كل مورد فلا يمكن التعدى من هذه الموارد الى مطلق نكاح الفضولى فضلا عن سائر العقود الفضولية وذلك لعدم الفارق بينها و بين سائر العقود الفضولية لوحدة المناط فى الجميع و لكن قد عرفت عدم دلالتها على ذلك ٠

الوجه الرابع : الروايات (١) الواردة فى اباحة المناكح و

١ـ عن على بن ابراهيم فى تفسير قوله تعالى اذا جائوها و فتحت ابوابها قال اميرالموءمنين عليه السلام ان فلانا وفلانا غصبونا حقنا و اشتروا به الاماء و تزوجوا به النساء الاوانا قد جعلنا شيعتنا من ذلك فى حل لتطيب مواليدهم ٠ وعن غوالى اللئالى سئل الصادق (ع) فقيل يابن رسول الله ما حال شيعتكم فيما خصكم الله به اذا غاب غائبكم الخ مستدرك ج ٢ ص ٥٥٥ ، وعن علبا الاسدى قال دخلت على ابى جعفر (ع) فقلت له : انى وليت البحرين فاصبت بها مالا كثيراً و اشتريت متاعا و اشتريت رقيقا و اشتريت امهات اولاد و ولد لى و انفقت و هذا خمس ذلك المال و هؤلاء امهات اولادى و نسائى و قد اتيتك به فقال : اما انه كله لنا و قد قبلت ما جئت به و حللتك من امهات اولادك و نسائك رجال الكشىء ٠

وعن الحسن بن على العسكرى (ع) عن آبائه (ع) عن اميرالمومنين (ع) انه قال لرسول الله (ص) : قد علمت يا رسول الله انه سيكون بعدك ملك غضوض و جبر فيستولى على خمس من السبى و الغنائم و يبيعونه فلايحل لمشتريه لان نصيبى فيه فقد وهبت نصيبى منه لكل من ملك شيئا من ذلك من شيعتى لتحل لهم منافعهم من مأكل و مشرب و لتطيب مواليدهم و لايكون اولادهم اولاد حرام مجهول ٠ الوسائل باب ۴ من ابواب الانفال ج ٢٠ ٠

وعن سالم بن مكرم عن ابى عبدالله (ع) قال رجل وانا حاضر

المساكين والمتاجر للشيعة وان كان ذلك باجمعه للامام عليه السلام فانها تدل على ان الائمة عليهم السلام قد اجازوا معاملات شيعتهم على اموالهم فتدل على تاثير الاجازة اللاحقة ٠

اقول لايخفى عليك ان هذه الروايات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى على تقدير ولا يمكن ذلك على تقدير آخر وبيانه انك قد عرفت فى طليعة البحث عن العقد الفضولى ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الاجنبى لايخرجه عن عنوان الفضولى الا اذا اظهره بمظهر خارجى وهذا لاشبهة فيه ٠

وانما البحث فى ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضولية ام لا ؟ كما اذا اذن المالك فى بيع شىء من ماله فباعه الماذون قبل وصول الاذن اليه فان قلنا بتاثير الاذن الغير الواصل فى خروج العقد عن الفضولية ، فالاجازة المزبورة اجنبية عن بحث الفضولى بالكلية ، ضرورة ان الائمة (ع) قد اذنوا لشيعتهم فى المعاملة على ما فيه حق الامام (ع) غاية الامر ان المشترى لم يطلع على ذلك الاذن وعليه ، فتكون تلك المعاملة مستندة الى الائمة

←

حلل لى الفروج ففزع ابوعبدالله (ع) فقال له : رجل ليس يسألك ان يعترض الطريق انما يسألك خادما يشتريها او امرأة يتزوجها او ميراثا يصيبه او تجارة او شيئا اعطيه فقال هذا لشيعتنا حلال الشاهد منهم والغائب والميت منهم والحى وما يولد منهم الى يوم القيامة الوسائل باب ۴ من ابواب الانفال ج ۴ ضعيف بسالم بن مكرم و ، حديث الاول من باب ۴ ايضا ٠

(ع) لاجل ذلك الاذن الموجود حين العقد ، وان قلنا بان مجرّد صدور الاذن من المالك لايخرج المعاملة الصادرة من الاجنبي عن عنوان الفضولى ما لم يصل اليه ، بل الاذن المزبور انما يؤثر فى خروجها عن الفضولية حين وصوله الى العاقد ان قلنا بذلك فالروايات المذكورة تدل على صحة العقود الفضولية وهذا هوالحق لان الائمة وان اذنوا فى المعاملة على اموالهم ولكنه لم يصل الى المشترى ومن الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولية باستناده الى المالك ولا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه وان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل و يكون عندئذ مشمولا للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود و نفوذها و اذن فتدل تلك الروايات ايضا على صحة العقود الفضولية بالاجازة اللاحقة .

ودعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروايات حكم شرعى لا يجب تطبيقه على القواعد ، ولا يمكن التعدى من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسدة ، لان الظاهر منها هو ان الامام (ع) انّما يمضى معاملات شيعتهم الواقعة على امواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعدة كلية وهى ان كل مالك يجوز له امضاء المعاملة الفضولية الواقعة على ماله وعلى هذا فاذا اشترى احد شيئا ثم علم ان البايع لم يؤد خمسه كان البيع بالنسبة الى مقدار الخمس فضوليا و يحكم بصحته من ناحية اجازة الامام (ع) فلا يحتاج الى اجازة الحاكم وعليه ، فيتعلق الخمس بالثمن ولو كان ذلك جارية بل يصح النقل بلا عوض ايضا وحينئذ فيتعلق الخمس بذمة

الناقل وكل ذلك لاجل تلك الروايات وقد ذكرنا فى كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها و مقيدها محمولة على هذه الجهة و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا للناقل بل ذمته مشغولة بحق الامام (ع) و انما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الدالة على طيب المناكح و المساكين و المتاجر للشيعة و بين ما دل على وجوب ايصال حق الامام اليه كرواية الكلينى عن على بن ابراهيم عن ابيه قال : كنت عند ابيجعفر(ع) اذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل الخ ، الوسائل باب ۳ من ابواب الانفال ولو اغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام (ع) و لما جاز التصرف و لما جاز و طى الامة التى هى للامام (ع) مع انها جائزة وايضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجارية ولد زنا مع انه ليس كذلك وجميع ذلك ليس الا من ان الامام (ع) قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم

و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال : من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحة و طى الجارية التى جعلت ثمنا لما فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز و وجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام فى محله .

الوجه الخامس : الروايات (۱) الواردة فى عامل مال المضاربة لو خالف ما شرط عليه من تعيين سلعة مخصوصة فاشترى غيرها او المنع عن السفر الى ارض معلومة فسافر اليها فانها تدل على انه

يضمن مال المضاربة مع التلف و لكن الربح مشترك بينهما على الشرط و هذا لا يتم الا على القول بصحة المعاملات الفضولية و تاثير الاجازة اللاحقة فيها ، فانه على هذا تكون المعاملة الصادرة من العامل فضولية و تصح بالاجازة اللاحقة و الا فمقتضى القاعدة ان يكون مجموع الربح للمالك ٠

١- يب عن جميل عن ابى عبدالله (ع) فى رجل دفع الى رجل ما لا يشترى به ضربا من المتاع فاشترى به غير الذى امره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط و روى الكلينى و الشيخ باسناد هما عن الحلبى عن ابى عبدالله (ع) انه قال فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا و لا تجاوزها واشتر منها قال : فان جاوزها و هلك المال ، فهو ضامن و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما حسن بابن هاشم ٠ كافى عن محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة و ينهى ان يخرج به فخرج قال : يضمن المال و الربح بينهما ٠ تهذيب عن ابى بصير عن ابى عبدالله (ع) فى الرجل يعط الرجل مالا مضاربة و ينهاه أن يخرج به الى ارض اخرى فعصاه فقال هو له ضامن و الربح بينهما اذا شرطه وعصاه ٠
فقيه عن الكنانى قال سألت ابا عبدالله (ع) عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض و نهى أن يخرج به الى ارض غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن فان اسلم فربح فالربح بينهما تهذيب عن الشحام عن الصادق (ع) فى المضاربة اذا اعطى الرجل المال و نهى ان يخرج بالمال الى ارض اخرى فعصاه فخرج به قال هو ضامن و الربح بينهما الكافى ج ٥ ص ٢٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ١٧٠ و الوافى ج ١٠ ص ١٢٠ والفقيه طبعة النجف ص ١٤٣ ٠

قال المصنف - و هذا نصه - : (فانها ان ابقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الاجازة كما نسب الى ظاهر الاصحاب وعدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك وغيره كان فيها استيناس لحكم المسالة من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا فى نقل المالك الى غيره و ام حملناها على صورة رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح كما هو الغالب و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن اكل المال يالباطل(۱) اندرجت المعاملة فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد و ان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تاييد للمطلب ٠

و ملخص كلامه ان الروايات الدالة على صحة المعاملة الصادرة من عامل القراض تدورعلى احتمالين احدهما : عدم لزوم الاجازة فى المعاملة المزبورة ، و الثانى : دلالتها على صحة تلك المعاملة مع الاجازة اللاحقة ضرورة ان المالك و ان لم يكن راضيا بهاقبل ظهور الربح و لكنه رضى بها و على الاول ، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولى لاشتراكه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الاذن السابق فى نقل المال ، وعلى الثانى ، فتدل على صحة بيع الفضولى ٠

اقــول : اما الاحتمال الاول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لايدل على صحة بيع الفضولى ، فانه لايفيد الا الظن فهو لايغنى

۱ـ كاية التجارة عن تراض و الروايات الدالّة على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و رضائه وقد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ۱۳۷ ٠

من الحق شيئا بل لا استيناس هنا ايضا بديهة ان الحكم بصحة عقد الفضولى بلا احتياجه الى الاجازة اللاحقة فى مورد خاص للنص غير مربوط بصحة المعاملة الفضولى مع الاجازة و ذلك لان النص قد دل عدم اعتبار اذن المالك فى الاول بخلاف الثانى فانه تعتبرفى صحته اجازة المالك ـ كما هو المفروض ـ و اشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضولية فى عدم اقتران العقد باذن المالك لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها فى المقام للزم الحكم بصحة بيع الفضولى بلا احتياج الى رضا المالك لا سابقا ولا لاحقا اذ لم يفرض فى مورد الروايات احتياج معاملة العامل الى اجازة المالك ، بل انما حكم الامام (ع) بصحتها على وجه الاطلاق ٠

فتحصل ان هذه الروايات اجنبية عن بيع الفضولية بالكلية فى مورد فلا استيناس بها لصحة بيع الفضولى بوجه ، و اما الاحتمال الثانى فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحوق الاجازة من المالك بالمعاملة التى اوقعها العامل ولكنها لا يتفق و مورد الروايات ، بداهة ان المذكور فيها انما هو اشتراك الربح بين المالك و العامل و مقتضى لحوق الاجازة بها هو كون الربح باجمعه للمالك و ان العامل لا ستحق منه شيئا ٠

و دعوى ان المالك انما اجاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربة و من الظاهر ان مقتضى عقد المضاربة هو اشتراك الربح بينهما ، دعوى فاسدة ، لانها تكلف فى تكلف على ان ذلك يقتضى كون التلف على المالك لا على العامل مع انه مخالف لصريح تلك الروايات على ان حملها على صورة لحوق الاجازة من المالك دعوى

فاسدة اذ لاشاهد عليه فى شئ من تلك الاخبار ولافى غيرها فيكون الحمل تبرعيا محضا ·

وعلى الجملة ان الروايات المذكورة وان كانت تنطبق على البيع الفضولى بناء على ما ذكره المصنف من الاحتمال الثانى ولكن لازم ذلك هو عدم كون الربح مشتركا بين العامل والمالك ، ضرورة ان ما وقع عليه عقد المضاربة لم يوجده العامل وما اوجده العامل غير مربوط بالمضاربة بل انما هو عقد آخر فضولى ، فان اجازة المالك اختص به لا انه يكون من مصاديق المضاربة ومشتركا بينه و بين العامل وان لم يجزه بطل من اصله والعجب من المصنف فانه كيف حمل تلك الروايات على الفضولى بمقتضى الجمع بينها و بين ما دل على اعتبار الرضا فى نقل الاموال فتحصل ان الحكم بصحة بيع الفضولى مع لحوق الاجازة بها من ناحية تلك الاخبار يعد من الغرائب وانها بعيدة عن كلا الاحتمالين الذين ذكرهما المصنف·

ثم انه هل يمكن تطبيق تلك الروايات على القاعدة او انها محمولة على التعبد المحض ؟ فربما يقال بالاول بدعوى ان غرض الامام (ع) من تلك الروايات انما هو التنبية على ما تقتضيه القاعدة

و بيان ذلك ان غرض المالك من ايقاع عقد المضاربة ليس الا الاسترباح و تحصيل المنفعة باى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء سلعة خاصة اوعن المسافرة الى محل معين لاجل تخيله عدم حصول الربح من ذلك او تلف المال عند ئذ، فيكون نهيه عن المعاملة الخاصة اوعن المسافرة الى مكان مخصوص من طرق تحصيل المنفعة ايضا ، و الا فليس له غرض خاص من المنع المزبور و لا هناك مصلحة

خفية لايعلمها العامل ولا انه مستند الى العناد واللجاج واذن فالممنوع عنه ليس بخارج عن حدود المضاربة غاية الامران المالك قد اشترط على العامل شرطا خارجا عما يقتضيه عقد المضاربة لاجل ذلك الخيال ، وحينئذ فلو راى العامل ربحا فى البيع الذى نهى عنه المالك واقدم عليه لكان ذلك من مصاديق عقد المضاربة ، وان لم يلتفت اليه المالك بل منع عنه صريحا ضرورة ان منعه عن ذلك ليس الا من قبيل الخطا فى التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هذا ، فاشتراكهما فى الربح من جهة عقد المضاربة لا للاجازة اللاحقة لكى يستدل بذلك على صحة العقود الفضولية كما ان كون الخسران على العامل من جهة الاشتراط ، فانه يؤثر فى كون الوضيعة عليه و به تخرج المعاملة عن المضاربة فى صورة الخسران وتدل على ذلك قصة عباس (۱) عم النبى (ص) حيث انه كان يقارض عماله و يشترط عليهم ان لاينزلوا بطون الوادى والا فالضررعليهم ، فيعلم من هذه القضية انه لاباس باشتراط كون الوضيعة على عامل المضاربة فى فرض المخالفة ·

و يرد عليه اولا : انه لايمكن الالتزام بالخطا فى التطبيق فى

۱ـ عن الحلبى عن ابى عبدالله (ع) انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شىء الا ان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم ان ينزلوا بطن واد و لايشتروا ذاكبد رطبة قال (ع) فان خالفت شيئا مما امرتك به فانت ضامن للمال يب ج ۲ ص ۱۶۹ والوافى ج ۱۰ ص ۱۲۰ قوله ذاكبد كناية عن الحيوان وانما منع عنه لكونه فى معرض الافات ·

جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالك من ايقاع عقد المضاربة الا الاسترباح باى وجه اتفق فانه عندئذ يمكن القول بصحة المضاربة فى صورة المخالفة عند ظهور الربح فيها ٠

واما اذا لم يعلم غرضه من ذلك فلا يمكن الالتزام بالخطافى التطبيق فى صورة المخالفة مثلا اذا اشترط المالك على العامل فى عقد المضاربة ان يبيع الا الاكفان فان فى مثل ذلك لا يمكن القول بان غرض المالك من المضاربة ليس الا تحصيل الربح ٠

وثانيا : انه لادليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الايقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجى والا يصح ذلك فى جميع الموارد فيلزم منه تاسيس فقه جديد مثلا اذا وكل احد غيره فى بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابة الموكل ايضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل فى بيع داره ليس الا الاتجار بماله باى وجه اتفق ، فذكر الدار انما هو لاجل تخيله ان غير الدار لا تباع بالقيمة المناسبة

وكذلك اذا وكلت المرأة احدا فى تزويجها بالعالم الفلانى لم يجز للوكيل ان يزويجها بعالم آخر افضل منه بتخيل ان غرض المراة انما التزويج بالعالم وان تعيين شخص خاص من جهة عدم التفاتها الى من هو افضل منه والى غير ذلك من الامثلة ٠

وثالثا : ان تطبيق تلك الروايات على القاعدة على الوجه المذكور لا يتم فى جميع الموارد لكون ذلك اخص من المدعى لانه ربما تكون المعاملة مربحة فى صورة المخالفة كما هو مورد الاخبار ، ولكنها لا تكون موافقة لغرض المالك كما اذا نهى عن المعاملة مربحة كان ربحها فى كل عشرة اثنان ورخص فى المعاملة مربحة كان

ربحها فی کل عشرة ثمانية فانه عند ئذ کیف یمکن الالتـزام بصحـة المعاملة الادنى بقانون ان غرض المالك من المضاربة هو الاسترباح وان النهى عن معاملة خاصة لاجل الخطا فی التطبیق، و اذن فلا يمكن تطبيق الروايات على القواعد ٠

و اما كون الخسران على العامل فی مورد الروايات فليس ذلك من ناحية الاشتراط و الالكان تخلفه موجبا للخيار لاكون الوضيعة على العامل بل هومن قبيل اشتراط كون الوضيعة على العامل فی صورة المخالفة وهذا المعنى وانكان يتفق احياناً كما اتفق فى معاملات عباس عمّ النّبى (ص) و لكن لاكلية له قطعا و من الظاهر ان الامور الاتفاقية لا تكون ضابطـة كليـة لكى تؤخذ بها فى جميع الموارد و هذا ظاهر لا شك فيه ٠

فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لايمكن حمل النصوص المذكورة على الفضولى مع تقييدها بالاجازة اللاحقة و لاحملها على القواعد بل هى محمولة على التعبد المحض الذى يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدى عن موردها بل يجب الاقتصار عليه ٠

مع ان ورودها على طبق القاعدة يقتضى ذكر ذلك فى غير باب المضاربة ايضا لان الحركة على طبق غرض المالك لايختـص ببـاب المضاربة بل تجرى فى الوكالة وغيرها ايضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف فى مضمونها مع ان الفقهاء قد افتواعلى طبقها بلا خلاف فى ذلك من احد ٠

قال العلامة فى القواعد : « ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او بابتياع شئ معين ، فابتاع غيره ضمن ولو ربح حينئـذ فالربح على شرط » و حكى التصريح بذلك كلّه عن النهاية و الشرايع

والنافع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وقضية الاطلاق جمع اخر بل حكى الاجماع عن الغنية والسرائر، على أنه يضمن فيما اذا خالف فى السفر وابتياع المعين وعن جامع المقاصد انه لابحث فيه بل نسبه الى الاصحاب بل فى الرياض انه لاخلاف فيه وعن ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما اذا خالف فى هذين الامرين و عن ايضاح النافع ان عليه الفتوى وعن موضع من مجمع البرهان كانه لاخلاف فيه و فى آخر ان الخلاف فيه غير معلوم ·

وعلى الجملة انه لاشبهة ولاخلاف فى حمل الروايات المتقدمه على التعبد المحض و تفصيل الكلام فى محله ·

ثم ان شيخنا الاستاذ بعد ما حكم بصحة المعاملة التى فيها ربح و دخولها تحت المضاربة و خروجها عنها فى صورة الخسران قال (ثم ان كون الوضيعة عليه مع ان فى صورة البطلان لاوضيعة محمول على ما اذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران) ·

و يرد عليه ان كون الوضيعة على العامل من جهة بطلان العقد وعدم امكان استرداد المبيع ، وان كان ممكنا فى الجملة الا ان هذا لايجرى فى جميع الروايات ، لانه حكم الامام فى بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحة المعاملة فيه كما يظهر ذلك لمن يلاحظها ·

الوجه السادس : الاخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم قال المصنف - وهذا نصه - (ومن هذا القبيل اى من قبيل اخبار المضاربة الاخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم و ان

الربح لليتيم فانها ان حملت على صورة اجازة الولى كما هو صريح جماعة تبعا للشهيد الثانى كان من افرادالمسألة وان عمل باطلاقها كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسالة الفضولى لكن يستانس لها بالتقريب المتقدم و ربما احتمل دخولها فى المسالة من حيث ان الحكم بالمضى اجازة الهية لاحقة للمعاملة فتامل) .

و قال فى البلغة (منها ما ورد مستفيضا و فيه الصحيح و المعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغيراذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل او اليتيم و التقريب فيه ما تقدم حرفا بحرف) .

و يرد عليه اولا : جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشئ منها لصحة بيع الفضولى مع لحوق الاجازة فضلا عن الدلالة عليها .

و ثانيا : انا لم نعثرعلى خبر يكون نصا او ظاهرا فى كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولى بل الروايات الواردة فى الاتجار بماله كلّها على طائفتين . الطائفة الاولى صريحة فى تجارة نفس الولى بذلك (١) الثالثة (٢) مطلقة و غير مقيدة بالولى و لا بغيره ومن

١ـ عن اسباط بن سالم قال : قلت لابى عبدالله (ع) كان لى اخ هلك فاوصى الى اخ اكبر منى و ادخلنى معه فى الوصية و ترك ابناله صغيراً و له مال افيضرب به اخى فما كان من فضل سلمه لليتيم وضمن له ماله فقال ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا باس به و ان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم مجهولة بابن سالم الوسائل باب ٧٥ من ابواب مالكتسب به وعن ابى الربيع قال : سئد ابوعبدالله (ع) عن الرجل يكون فى

←

الظاهر انه لا دلالة فى كلتا الطائفتين على ما نحن فيه ولا استيناس بهما لذلك ، اما الطائفة الاولى فلان التجار الولى بمال اليتيم تارة يكون لنفسه بأن يستقرض من اليتيم و بتجربه لنفسه بل صرح الامام (ع) بذلك فى رواية الصيقل و مفضل بانه ان كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و انت ضامن للمال فان المراد من الضمان فيها هو الضمان القرض فمعنى ضمنته اى اخذته قرضا و لكن الرواية ـ ضعيفة ، و اخرى لليتيم و على الاول فالمعاملة فتحصة بالولى فلا حظّ فيها لليتيم بوجه وعليه ، فيكون ربح التجارة له وخسراتها عليه و اذن فلا ربط لها بالمعاملة الفضولية بل شأنها شان سائرتجاراته بمال نفسه ٠٠٠

←

يده مال لاخ له يتيم و هو وصيه ايصخ له ان يعمل به قال نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا اذا كان ناظرا له٠ مجهولة بابى الربيع الشامى الوافى ج ١٠ ص ۴۵ و الوسائل باب ٢ من تجب عليه الزكاة ٠

٢ـ عن محمد بن مسلم عن ابى عبدالله (ع) فى مال اليتيم قال العامل به ضامن و لليتيم الربح اذا لم يكن للعامل مال و قال ان عطب اداه حسنة بابن ابراهيم وعن ربعى بن عبدالله عن ابى عبدالله (ع) قال فى رجل عنده مال اليتيم و هو ضامن وسائل ـ ابواب نا يكتسب به باب ۷۵ ج ٣ وغيرها من الروايات المذكورة فى باب الزكاة من ثل باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة و من لا تجب عليه ٠

و هذا واضح لا شبهة فيه وعلى هذا تحميل الروايات(۱)الدالة على جواز اخذ مال اليتيم مع الضمان و الشاهد على هذا الحمل هو ان غير الولى ولو كان مليا لا يجوز له الاقتراض من مال اليتيم بدون اذن وليه مع ان المذكور فى هذه الروايات هو الاقتراض بدون اذنه ·

على ان بعضها مقيد بخصوص الولى كما يظهر ذلك لمن يلاحظها وعلى الثانى ، فلا ربط للمعاملة الفضولى ايضا اذ لو كانت فضولية لاحتاجت الى اذن الولى فتخرج بذلك عن الفضولية ، و اما اذا كان المتصدى لها هو شخص الولى ، فلا تحتاج صحتها الى اذن احد ضرورة ان صحة تصرفات غير الولى متوقفة على اذن الولى فلو كانت صحة تصرفات الولى ايضا متوقفة على اذن غيره فاما يدور او يتسلسل وكلاهما باطل ·

نعم يعتبر فى اتجار الولى بمال اليتيم ان يكون مليا اى ذا مال فانه حينئذ يكون الربح لليتيم و الخسران ايضا عليه ·

اقول لا دليل على كون الخسران على الطفل بعد ضعف الطائفة الاولى ، و اما الطائفة الثانية ، فهى ظاهرة فى كون الربح لليتيم و

۱ـعن منصور بن حازم عن ابى عبد الله (ع) فى رجل ولى مال يتيم استقرض منه فقال : ان على بن الحسين(ع) قد كان يستقرض من مال ايتام كانوا فى حجره فلا باس بذلك ·

وعن ابى نصر قال سألت ابا الحسن (ع)عن الرجل يكون فى يده مال لايتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه و ينوى ان يرده فقال لا ينبغى له ان ياكل الا القصد ولا يسرف و ان كان عن نيته ان لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز وجل ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما ·

الوضيعة على التاجر مع عدم الفرق فيها بين الولى و غيره لمكان الاطلاق الا ان يقال ان هذه الطائفة المطلقه مقيدة بالطائفة الثانية و لكنها ضعيفة السند كما ذكرناه فى الحاشية ٠

و اما اذا كان فقير فيكون الربح عندئذ لليتيم و الخسران على الولى المتجر به كما فى رواية الصيقل وغيرها ، و هذا ايضا غير مربوط بالفضولى لما عرفته قريبا من ان مقتضى صحة المعاملة بالاجازة هو كون النفع لليتيم و الوضيعة عليه ، و مقتضى عدم امضائها هو بطلانها من اصلها و لكن الشارع حكم بكون الربح لليتيم تعبدا ولعل الحكمة فيه هو مراعات حال اليتيم كما سيأتى قريبا الاشارة اليه على ما فى الرواية كما أن الامر كذلك فى اتجار غير الولى بمال اليتيم و سياتى قريبا على ان هذه الطائفة من الروايات ضعيفة السند واما الطائفة الثانية التى تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقا ، فهى ناظرة الى رعاية حال اليتيم و واردة فى مقام التوسعة له و ـ الامتنان عليه لانه تعالى قد رخص فى الاتجار بماله لاىّ احد مع كون ربح التجارة له و وضيعتها على التاجر و لعل النكتة فى ذلك هو ان لا يقرب احد مال اليتيم الا بالتى هى احسن و لا شبهة فى ان هذا حكم تعبدى محض و غير مربوط بالفضولى اصلا و لا تنطبق عليه القواعد ، و لا أن صحة المعاملة المزبورة متوقفة على اجازة الولى لو كان التاجر غيره حتى يتوهم انّها كيف تكون صحيحة مع عدم لحوق الاجازة بها ؟ اذ لو كانت هى فضولية و موقوفة على اجازة الولى لاختصت باليتيم فى صورة الاجازة وكانت الوضيعة عليه و الربح له و كانت باطلة من اصلها فى صورة الرد و على كل

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتيم و الوضيعة على التاجر فيعلم من ذلك كله ان الروايات محمولة على التعبد الصرف ·

وقد يقال : ان كون الاتجار بمال اليتيم فضوليا لا يستلزم التوقف على اجازة الولى بل يمكن ان يكون ذلك فضوليا و مجازا من قبل اللّه تعالى و قد وصلت الينا هذه الاجازة بواسطة سفرائه الكرام ·

وعليه ، فتحمل الروايات المتقدمة على هذه الناحية ·

و يرد عليه أن ادخال التجارة بمال اليتيم فى الفضولية بالاجازة الالهية يوجب خروجها عن ذلك جزما ، ضرورة ان تلك الاجازة موجودة حال العقد لا انها تلحق به لكى توجب اندراج مورد الروايات فى عقد الفضولى ولعله لاجل هذا امر المصنف بالتامل ·

و هذا المطلب ظاهراً ينافى لما تقدم من ان الاذن غيرالواصل لا يخرج العقد عن الفضولية و ان كان الاذن موجودا حال العقد ·

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الواردة فى الاتجار بمال اليتيم اجنبية عما نحن فيه بالكلية ·

الوجه السابع : رواية موسى بن اشيم (١) حيث ان الامام

١ـ عن ابى جعفر (ع) فى عبد لقوم ماذون له فى التجارة دفع اليه رجل الف درهم فقال اشتر منها نسمة و اعتقها عنّى و حج عنى بالباقى ثم مات صاحب الالف درهم فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت و دفع اليه الباقى فى الحج عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالى ابيه و مواليه و ورثة الميت فاجتمعوا ، فاختصموا جميعا فى الالف درهم فقال : موالى المعتق انما اشتريت اباك بمالنا فقال ابو جعفر (ع) اما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد و اما

←

عليه السلام قد اكتفى فى الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى و من الظاهر ان اجازة المالك لو لم تكن كافية فى صحة الفضولى لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص ايضا .

و لا يخفى عليك أن صريح الرواية هو أن المدعى لملكية الاب ثلاث طوائف :

۱ـ موالى الاب المعتق فانهم يدعون اشتراءه بمالهم .

۲ـ موالى العبد الماذون ، فانهم يدعون اشتراءه بمالهم .

۳ـ ورثة الميت فانهم يدعون اشتراءه بمالهم .

وعلى الاول ، فالمعاملة باطلة من اصلها لانا ذكرنا فى محله ان البيع عبارة عن اعتبار التبديل بين المالين فى جهة الاضافة و لا شبهة فى ان هذا المعنى لا يتحقق الا بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البايع اضافته القائمة بالمتاع و يجعلها قائمة بالثمن و يفك المشترى اضافته القائمة بالمثمن و يجعلها قائمة بالمتاع لان كلّا من المتعاملين يبدل ماله ـ عند المبايعة بمال شخص اخر فى جهة الاضافة و عليه ، فاذا باع احد متاعه من غيره صار الدينار ملكا للبايع ولو صار ملكا لشخص آخر لما

←

المعتق فهو رد فى الرّق لموالى ابيه و اى الفريقين اقام البينة ان العبد اشترى أباه من اموالهم كان لهم رقا ضعيف بابن اشيم الكافى ج ۷ باب النوادر من الوصية ص ۶۲ و يب ج ۲ زيادات الاجارات ص ۱۸۱ و العتق ص ۳۱۸ و زيادات ص ۱۶۸ الوصايا ص ۴۰۱ والوافى ج ۹ باب قضايا غريبة من القضاء ص ۱۶۸ .

صدق عليه مفهوم البيع لان الثمن لم يدخل فى ملك من خرج الثمن عن ملكه كما أنّه لو باع متاعه من نفسه لما صدق عليه عنوان البيع ايضا لعدم تحقق التبديل فى جهة الاضافة مثلا اذا ملك احد ماله لنفسه بازاء ماله الاخر او ملكه لزيد بازاء تمليك زيد ماله لشخص آخر لم يصدق عليه عنوان البيع و اذن فلا ربط للرواية على هذا الوجه بالبيع الفضولى بوجه بل نسبته اليها كوضع الحجر فى جنب الانسان .

وعلى الثانى فالمعاملة و ان كانت صحيحة و لكنها بعيدة عن بيع الفضولى اذ المفروض أن العبد مأذون فى التجارة من قبل مواليه ، فيكون مأذونا فى شراء ابيه وعليه فالرواية ايضا اجنبية عن عقد الفضولى الا أن يقال : أنّ موالى المأذون و ان أذنوا له فى التجارة و لكن الظاهر ان المراد منها هو التجارة التى فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها ، فيكون فضوليا ، فلا تكون الرواية اجنبية عنه فتامل .

وعلى الثالث فقد يقال بدخول المعاملة فى العقد الفضولى لان الظاهر من الرواية أن الشراء انما هو بعد موت المورث و انتقال المال الى الورثة وحينئذ فتكون المعاملة فضولية لعدم كون العبد مأذونا فى ذلك من قبلهم ، فتكون مطالبة المبيع اجازة و اذن ـ فتدل الرواية على صحة بيع الفضولى ، ضرورة أنّه لو لم تكن الاجازة المتأخرة كافية فى صحته لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و اقامة البينة عليه كافيا فى تملك المبيع و لكن كون البيع فضوليا فى هذه الصورة ـ متوقف على انكار الورثة وصية مورثهم بما فعله العبد المأذون

ودعواهم وكالته فى ذلك من المورّث فانه عندئذ تبطل الوكالة بموت الموكل وتصح المعاملة فضولية لما عرفته من ان الظاهر من الرواية هوكون الشراء بعد موت المورث وهذا المعنى وان كان متينا فى نفسه ولكن يحتمل أن يستند شراء العبد الى اذن الورثة اذ المفروض هوكون المشترى مأذونا فى التجارة ولوكانت لغير مولاه كما هو مقتضى الاطلاق وعلى هذا ، فلا تكون المعاملة فضولية حتى مع انكار الوصية ٠

ودعوى أن هذا مخالف لظاهر الرواية واطلاقها لان الظاهر كون العبد مأذونا فى التجارة لمولاه فقط والا لوقع التعرض له فى الرواية ، دعوى فاسدة لما ذكرناه من ان مقتضى الاطلاق هوكون العبد مأذونا فى مطلق التجارة ويضاف الى ذلك ان الرواية مسوقة لبيان حكم المخاصمة بين المدعين وليس فيها تعرض لهذه الناحية كما لا تعرض فيها لشرائط التجارة ٠

ولا يخفى عليك انه بناءً على نقل المصنف فالرواية ظاهرة فى كون الشراء قبل موت الدافع وعليه فلا تكون المعاملة فضولية لانه عندئذ فالرواية ظاهرة بل صريحة فى كون المشترى مأذونا من قبل مولاه ومولا ابيه ومن قبل اب الورثة واذن فتبعد الرواية عن عقد الفضولى ، ولكن المصنف لم ينقل الرواية بعينها والا فلاشبهة فى ظهورها فى كون الشراء بعد موت المورّث ٠

ثم ان شيخنا الاستاد قد استظهر من الرواية ثبوت الوصية بما فعله العبد المأذون واليك لفظ مقرر بحثه ٠

(ان الظاهر من الرواية أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصية

فورثته يدّعون الشراء بالالف ليكون ولاء العتق لهم و يوءيد ذلك قوله (ع) اما الحجة فقد مضت بما فيها لاترد فالورثة لاينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا ولاينافى ذلك قوله(ع) اى الفريقين بعد اقاموا البينة على انه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا لامكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس ، و كيف كان فظهور الرواية فى مسألة الفضولى ممنوع فضلا عن الصراحة نعم قابل للحمل عليها فتدبر) ٠

و يرد عليه اولا : انه ليس فى الرواية ما يدل على صدور الوصية من صاحب المال بل الشراء كان بمال الورثة لان المأذون كان وكيلا من الدافع و تبطل وكالته بموت موكله كما عرفته قريبا نعم ربما يتوهم أن حكم الامام (ع) بمضى الحج يدل على ان الميت قد اوصى به لانه لايصح الحج عن الغير الا بعد الموت و لكنه توهم فاسد لانه تصح النيابة عن الحى فى الحج المستحب كما يظهر ذلك من الروايات (١) العديدة بل فى الحج الواجب ايضا اذا لم يقدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار(٢) الكثيرة و يضاف الى ذلك ان الامام (ع) حكم بسماع دعوى الورثة بعد اقامة البيّنة و من الظاهر انه لوكانت هناك وصية لم يحكم به الامام (ع) ٠

و ثانيا : أن ورثة صاحب المال يدعون أن المأذون قد اشترى أباه بمالهم و من البين الذى لاريب فيه أن مقتضى هذه

١ـ الوسائل باب ٢١ من ابواب وجوب الحج و شرائطه وباب ٢٥ من ابواب النيابة فى الحج ٠

٢ـ الوسائل باب ٤٣ من ابواب وجوب الحج و شرائطه ٠

الدعوى هو ان يكون اباه رقا لاحرا وعليه فلا يكون الغرض من-
دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم ·

وثالثا : ان الحكم بمضى الحج فى الرواية لا يتفق مع القواعد
وسيأتى قريبا ·

ثم انه نوقش فى الرواية بامور فعمدتها امران ·

الاول : الحكم بعود العبد الذى اشتراه المأذون رقا لمولاه
ومطالبة البينة من الفريقين الاخرين مع الاول يدعى فساد البيع
كما عرفته قريبا ، والاخران يدعيان صحة البيع وقد ثبت فى محله
أن مدعى الصحة فى باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد ·

وقد يتوهم أن تقديم قول مولى الاب على غيره ليس من
قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصحة لكى يناقش فيه بما
ذكر بل انما هو من جهة الاستصحاب لان الاصل بقاء الاب فى
ملك مولاه ·

ولكنه توهم فاسد اذ لا يجرى الاستصحاب فى المقام لان -
الظاهر من الرواية هو أن العبد المأذون فى التجارة كان عنده
المال من جميع الفرق والخصماء وكان مأذونا فى التجارة لمولاه و
مولى ابيه وكان وكيلا ايضا من قبل صاحب المال فى شراء عبد و
عتقه وتجهيزه للحج حتى يحج عن الميت ، وعليه ، فينفذ اقرار-
العبد على جميع الفرق لان من ملك الشئ ملك الاقرار به و من
الواضح أن الظاهر من عمله الخارجى هو اعترافه باشتراء ابيه بمال
الدافع فيكون عندئذ اعترافه او عمله الخارجى حجة على مولى الاب
واذن ، فمقتضى القاعدة هو كون العبد ملكا لصاحب الدراهم فعوده

رقا لمولاه من جهة الاستصحاب مخالف للقاعدة فلايجرى الاستصحاب هنا ٠

ويرد عليه اولا : أن مدعى الصحة وان كان يقدم على مدعى الفساد فى باب المعاملات الا ان ذلك لايجرى فيما نحن فيه ، لانا ذكرنا فى محله ان السيرة قائمة على صحة العمل فيما اذا احرز اصل وجوده الجامع بين الصحيح والفساد وشك فى صحته وفساده من النواحى الاخر واما اذا شك فى اصل وجود العمل لم تجر اصالة الصحة لكون الشك حينئذ فى تحقق العمل فى الخارج لا فى صحته وفساده بعد احراز وجوده ، بل ذكرنا هناك انها لاتجرى مع عدم احراز قصد العنوان حتى فيما لم يكن العنوان من العناوين القصدية كالطهارة الخبثية مثلا اذا شاهدنا احداً يصب الماء على ثوب تنجس ولكنها لم نحرز انه قصد تطهيره ام لا لم تجر فيه اصالة الصحة و هكذا لكلام فى قاعدة الفراغ فانها لاتجرى مع الشك فى اصل وجود العمل او فى قصد عنوانه بل انما تجرى مع الشك فى صحته وفساده من ناحية الشرائط او الموانع بعد احراز اصل وجوده ٠

ولا شبهة فى أن هذه الكبرى لاتنطبق على ما نحن فيه لانه بناء على دعوى مولى الاب لم يتحقق فى الخارج معاملة حقيقية اصلا بل انما تحققت معاملة صورية وعليه فيكون شانها شان سائر المعاملات الصورية كبيع الهازل والساهى والغالط و النائم و اشباهها واذن ، فعود العبد المبتاع رقا لمولاه لايكون مخالفاً لاصالة الصحة لكى يلزم منه تقديم مدعى الصحة على مدعى الفساد ٠

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعدة من ملك شيئاً ملك

الاقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لان القاعدة المذكورة لم ترد فى آية ولا فى الرواية ولا انعقد عليها اجماع تعبدى لكى يوخذ بها فى جميع الموارد ، بل هى قاعدة خاصة فقهية مختصة بما اذا كان المالك باقيا على حالة الاقرار بالشئ لولا الاقرار به مثلا اذا اقر زيد بكون ما فى يده من المال لبكر فهو باق على مالكيته للمقر به لولا الاقرار ولا شبهة أن ما نحن فيه ليس كذلك بداهة أن العبد المأذون فى التجارة ليس مالكا ـ وقت الاقرار ـ بشراء ابيه بمال الورثة لانهم لم يأذنوا فى ذلك وعليه فلا اعتبار باقراره رأسا

وثانيا : أن العبد الذى اشتراء المأذون واعتقه وجهّزه الحج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه اولمولى المأذون او لصاحب المال ، ولاشبهة فى انه لايصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الاولين فظاهر لانه عبد ، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه ، وعلى الثالث فالبيع فضولى ومن الظاهر ان العاقد فضولا لا يجوز له التصرف فى الثمن ولا فى المثمن بالقبض والاقباض وعليه فكيف يمكن الحكم بصحة المأذون شراء الاب وعتقه عن الميت وارساله الى الحج ليحج عن ذلك الميت ؟ ولاريب فى أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهية المسلمة والظاهر انه لاجواب عن هذه المناقشة ولكن الذى يهون الخطب أن الرواية ضعيفة السند وغير منجبرة بعمل الاصحاب لاصغرى لعدم فتوى الاصحاب على طبقها ولاكبرى لانا ذكرنا فى علم الاصول أن عمل المشهور برواية ضعيفة غير جابر لضعف سنده كما أن اعراضهم عن العمل برواية صحيحة لايوجب وهنها بل لابد وان تلاحظ الرواية فى نفسها

فان كانت صحيحة اخذ بها و الا فلا لان ضم غير الحجة الى مثلها لا يوجب الحجية ٠

الوجه الثامن : حسنة الحلبى(١) الواردة فى رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه و اقاله البائع بوضيعة جهلا بحرمته ، ثم باعه بازيد من ثمنه فانه يجب عليه أن يرد الزايد الى المشترى الاول فان الحكم برد الزيادة عليه الظاهر فى الاستحقاق مبنى على صحة بيع الفضولى لنفسه مع الاجازة اللاحقة و الا ، فلا شيء للمشترى من الزيادة ، لبطلان البيع اذ لم يكن البايع مأذونا فى بيع الثوب لكى يصح بدون الاجازة وعلى هذا فالرواية منزلة على الغالب من لحوق الاجازة للبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزيادة فلا باس بدلالتها على ما نحن فيه ٠

و يرد عليه : أن الرواية غريبة عن بيع الفضولى اذ البيع الواقع بالزيادة ليس بفضولى لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من اصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لان معنى الاقالة انما هو انفساخ العقد من اصله و رجوع كل من العوضين الى صاحبه الاول ، وعليه فان تحققت

١ـ عن ابى عبدالله قال : سألته عن رجل اشترى ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فابى أن يقبله الا بوضيعة قال : لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فان جهل فاخذه و باعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد ٠ حسنة بابراهيم بن هاشم الكافى ج ٥ باب بيع المتاع و شرائه ص ١٩٥ و يب ج ٢ باب النقد و النسية ص ١٣٣ و الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام العقود ٠

الاقالة فى مورد الرواية انفسخ العقد بالمرة و يرجع كل من العوضين الى صاحبه و الا فلا ، وحيث ان المفروض فى مورد الرواية هو بقاء الثوب على ملك المشترى لبطلان الاقالة بالوضيعة او الزيادة فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبايع فى فرض الوضيعة و كون الزائد ملكا للمشترى فى فرض الزيادة ·

وعلى هذا الضوء لو اخذ البايع المتاع بوضيعة و باعه من شخص آخر كان البيع فضوليا من اصله لا بالنسبة الى الزائد على الثمن المطلوب للمشترى وعليه فان اجازه المشترى حكم بصحته والا فيحكم بفساده ·

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشترى غرض خاص من الاستقالة فاذا لم يقبلها البايع حين الاستقالة فاته ذلك الغرض واذن فلا توءثر اقالته بعد مدة طويلة خصوصا مع ترق القيمة السوقية ·

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولى واما معناها فهو ان المشترى قد اشترى ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا ، فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله الا بوضيعة فحكم الامام (ع) بعدم جواز الاقالة بالوضيعة وأما اذا كان المتبايعان جاهلين بذلك فاقالا بالوضيعة فالاقالة ، وان كانت فاسدة واقعا ولكن يستكشف منها أن المشترى قد اذن للبايع فى بيع الثوب سواء أكان اقل من الثمن الاول ام كان مساويا له ام زائدا عليه غاية الامر أنه اعطائه للبايع بعنوان الاقالة مع الجهل ببطلانها مع الوضيعة فباعه البايع لنفسه متخيلا انه ملكه ، فتكون ذلك من قبيل الخطا فى التطبيق ·

و دعوى أن البايع لم يقصد كون البيع للمشترى فيبطل من هذه الناحية ، دعوى فاسدة لما ذكرناه فى الجزء الثالث أن حقيقة البيع انما هى اعتبار تبديل شئ بشئ فى جهة الاضافة واظهاره بمظهر خارجى من اللفظ وغيره ولا شبهة فى تحقق هذا المعنى بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن او تعيين مالك المثمن اذ لم يقم عليه دليل عقلى او نقلى وعليه فتعيين العوض و القصد اليه يغنى عن تعيين المالك و القصد اليه ولا يفرق فى ذلك بين صدور العقد من نفس المالك أو من غيره ٠

و بتعبير آخر : ان أقتران العقد بالرضا و ان لم يخرج العقد عن الفضولية كما عرفت آنفا ولكن وجود الاذن السابق على العقد يخرجه عن الفضولية ولا شبهة فى وجوده فى مورد الرواية للقرينة عليها منها و هى : أن الرواية قد دلت مطابقة على أن المشترى قد اذن لشخص البايع فى اخذ الثوب بالوضيعة و دلت بالدلالة الالتزامية على جواز الاخذ لغير البايع ايضا اذ لا فارق بينهما فى ذلك جزما بل قد يكون بيعه من غير البايع اولى و ارضى لان المشترى لما رضى ردّه على البائع بوضيعة رضى بيعه من غيره باكثر من ثمنه الاول بالاولوية القطعية و المفروض فى مورد الرواية أن البايع قد باع الثوب باكثر من ثمنه ، فيكون هذا البيع مرضيا للمشترى قطعا ٠

فتحصل أن الرواية غير مربوط بالبيع الفضولى بوجه ٠

ثم احتمل شيخنا الاستاذ ثانيا بانه : (يحتمل أن يكون البايع قد اشتراه من المشترى ثانيا ، فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد

لهذا قوله (ع) « صاحبه الاول » فان التعبير بصاحبه الاول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشترى فعلا) ٠

والظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو ارجاع الضمير فى كلمة (صاحبه) الى لفظ (الثوب) ، فيكون معنى الرواية حينئذ ان البايع يرد الزائد الى صاحب الثوب ، وعليه فتدل الرواية على ان من اشترى شيئا بثمن ثم باعه باذيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الاول ٠

ولكن يتوجه عليه اولا أن الظاهر من سياق الرواية هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذى ذكر فى السؤال مرتين و اريد منه البايع و المراد من لفظ صاحبه الذى فى الجواب هو المشترى و- عليه فمعنى الرواية هو ان البايع يرد الزائد على رفيقه وقرينه الذى هو المشترى ٠

و ثانيا : أن الثوب لوكان للبايع من ناحية البيع الثانى لم يبق مجال لقوله (ع) (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة فان جهل فاخذه فباعه باكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول ما زاد) ، اذا - المفروض أن الثوب ملك للبايع و قد اشتراه من المشترى الاول ثانيا باقل من الثمن الذى باعه منه اولا و لا شبهة فى صحة هذه المعاملة لانها ليست باقالة ، لكى لا تجوز بالوضيعة مع العلم و يرد الزائد لو اخذه جهلا و باعه بازيد من الثمن الاول ٠

و ثالثا : أن ارجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغوية بل يستلزمها اذ بناءً على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان احدهما المشترى الاول ، و ثانيهما البايع ، وحيث انه لا معنى لرد البايع ماله على

نفسه ، فيكون ذلك قرينة على ان المراد من قوله (ع) و يرد على صاحبه هو المشتري وحينئذ فلا يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ الاول و الا فيكون لغوا و اما اذا ارجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور فى السؤال و اريد منه البايع فانه حينئذ لا تلزم اللغوية،لان الثوب له صاحبان الصاحب الاول ، و هو الذى اشترى الثوب من البايع اولا و الصاحب الثانى و هو الذى اشترى الثوب منه ثانيا ، فاذا قيد لفظ صاحبه بكلمة الاول اريد منه المشترى الاول و عليه فتكون هذه الجملة قرينة على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الاستاذ .

الوجه التاسع : رواية (١)عبدالرحمان بن أبى عبدالله قال سألت أبا عبدالله (ع) عن السمسارايشترى بالاجر فيدفع اليه الورق و يشترط عليه انك ان تأتى بما تشترى فما شئت اخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال : لا باس و قد جعلها المصنف مويدة لصحة بيع الفضولى وحاصل كلامه أن فى الرواية احتمالات شتى :

الاول : أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه ، فيكون اخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لكى يبيع منه من الامتعة ما يرضى به و يوفيه دينه ولا ينافيه قول السائل و يشترط عليه ان تات بما تشترى فما شئت اخذته و ما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

١ـ الكافى ج ٥ من ط ٢ ص ١٩٦ التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ والفقيه والوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام العقود حديث ٢ .

على الوعد فلا دلالة فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالاجر و فرضه فى الرواية ممن يشترى به فان التوصيف المزبور انما هو بلحاظ اصل حرفته و صناعته لا بملاحظة هذه القضية الشخصية و حينئذ فيكون القيد توضيحيا لا احترازيا ٠

الثانى : أن يكون الشراء لصاحب الورق بان يكون الدلال وكيلا عنه فى ذلك الشراء و لكنه يجعل لنفسه الخيار على بايع الامتعة بتوسط السمسار بأن يلتزم بالبيع فيما يرضى به و يفسخه فيما يكرهه ٠

الثالث : ان يكون الشراء ايضا لصاحب الورق ولكن لا يكون السمسار مأذونا من قبله فى ذلك بل يكون البيع فضوليا و لا ينافيه دفع الورق الى الدلال لان دفعه اليه لا يعد اذنا فى الشراء ولا توكيلا فيه اذ يمكن ان يكون ذلك لمجرد تمكين الدلال من الشراء او يكون ذلك بعنوان الامانة او حصول الاطمينان للدلال بوصول ثمن ما يشتريه منه اليه و اما فائدة الشرط عليه من اخذ ما يريده و ترك ما يكرهه عدم مطالبة الاجر منه على عمله او حذرا من ابائه و امتناعه عن ذلك ٠

وعلى هذا فيكون صاحب الورق مخيرا بين الرد والامضاء فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه كلها فترك الاستفصال مع الاجمال فى السؤال يقتضى بعموم الحكم لجميع المحتملات التى منها ـ احتمال كون الشراء فضوليا ٠

و يرد عليه : أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم اذا كان

مورد السوءال ذا شقوق شتى فاجاب عنها الامام (ع) بجواب واحد بلا استفصال بينها فذلك يكشف عن اتحاد جميع تلك الشقوق فى الحكم و الا فيلزم منه الاغراء بالجهل و اما اذا لم يكن السوءال ذا شقوق شتى بل كان الجواب محتملا لها ، فلا وجه لكشف العموم عن ترك الاستفصال و هذا ظاهر لاخفاء فيه .

و يضاف الى ذلك أن الرواية ظاهرة فى الاحتمال الثانى و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غاية الامر انه جعل لنفسه الخيارعلى صاحب المتاع و قد عرفته آنفا و اذن فلا اشعار فى الرواية بصحة بيع الفضولى فضلا عن دلالتها عليها او تأييدها لها .

و هنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغة و جعله اظهر الاحتملات و هو وقوع الاشتراء بالمساومة و اطلاقه عليه اطلاق شائع او مجاز بالمشارفة و يكون دفع الورق لطمأنينة السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار انتهى .

و هذا الاحتمال ايضا لا باس به على ان الرواية غير نقية السند .

الوجه العاشر : ما ورد فى استرباح الودعى الجاحد للوديعة من ردها بربحها الى المالك المودع فعن مسمع أبى سيار قال : قلت لابى عبدالله (ع) انى كنت استودعت رجلا مالا ، فجحدنيه و حلف لى عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته اياه ، فقال هذا مالك فخذه و هذه أربعة الاف درهم ربحتهافى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل فاخذت المال منه و ابيت أن آخذ الربح و اوقفت المال الذى كنت استودعته واتيت حتى

استطلع رأيك فما ترى ؟ قال : فقال : خذ الربح واعطه النصف واحله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين والرواية(۱) ضعيفة بالحسن بن عمارة ٠

ووجه الاستدلال هوان اخذ الربح الظاهر فى الاستحقاق لايصح الاعلى صحة بيع الفضولى مع الاجازة اللاحقة والا فلا شئ للمالك من الربح فكان الرواية منزلة على الغالب من لحوق الاجازة من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح ٠

وفيه اولا : أن الرواية ضعيفة السند كما مر فلايمكن الاستناد اليها فى الحكم الشرعى ٠

وثانيا : أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعاملة على عين الوديعة اما بنحو المعاطاة او بالعقد اللفظى ولكن لاقرينة فى الرواية على ذلك ٠

الوجه الحادى عشر : ما ورد من التصدق بمجهول المالك واللقطة من أنه اذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له والا ضمنه المتصدق ٠

وفيه : أنه لاشبهة فى صحة التصدق هناك للاذن الشرعى وان لم يرض به المالك وانما الرضاء يؤثر فى عدم الضمان تعبداً كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك ٠

واما ما ورد من نفوذ الوصية بما زاد عن الثلث من نفوذها باجازة الورثة ، فايضا غير مربوط بالبيع الفضولى وانما الاجازة هناك

۱ـ الوسائل باب ۱۰ من الوديعة والوافى ج ۱۰ ص ۱۱۹ و التهذيب ج ۲ ص ۱۶۷ والفقيه ٠

شرط فی نفوذ تصرف المیت لنفسه فهذا ظاهر٠

هذه هی الوجوه التی استدل بها علی صحة بیع الفضولی وقد اتضح لك مما تلوناه علیك انه لایتم شئ منها وانما العمدة هی العمومات والمطلقات وسیتضح لك قریبا بطلان ما استدل به علی فساد بیع الفضولی وانه لایصلح لتخصیص العمومات وتقیید المطلقات واذن ، فالحکم بصحة بیع الفضولي انما هو من ناحیة العمومات والمطلقات الدالة علی صحة العقود ولزومها علی النحو الذی عرفته سابقا ٠

وقد استدل علی بطلان بیع الفضولی وعدم صحته بالاجازة اللاحقة بوجوه عدیدة من الادلة الاربعة اما الکتاب فقوله تعالی ﴿لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا أن تکون تجارة عن تراض﴾ و وجه الاستدلال بها علی المقصود بوجهین ٠

الاول انها قد دلت علی انحصار اکل مال الناس بالتجارة عن تراض فالمعنی أنه لایتصرف بعضکم فی اموال بعضکم الآخر بوجه من الوجوه فانه باطل الا بوجه التجارة عن تراض فانه جائز ولاشبهة فی انه لولم یقصد هذا المعنی لزم الاجمال و قلة الارتباط بین المستثنی والمستثنی منه ومن الظاهر ان بیع الفضولی لیس تجارة عن تراض فیکون اکل المال به اکلاله بالباطل ٠

ودعوی أن لحوق الاجازة به یدرجه فی التجارة عن تراض ، دعوی فاسدة لانه لم یکن حین العقد مصداقا لها فالتحاق الاجازة بها لایجعله مصداقا لها ٠

الوجه الثانی : سیاق التحدید فان کل وصف ورد فی مقام

التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف وان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلك انما هو فى ورود الوصف فى غير مورد التحديد و الا فلا شبهة فى ثبوت مفهومه و من الظاهر ان قيد التراضى وصف ورد فى مورد التحديد فيدل على انحصار جواز الاكل بمورد القيد فقط ٠

اما الوجه الاول فقد ناقش فيه المصنف بأن دلالة الاية على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع اذلا يصح استثناء التجارة الصحيحة من التجارة الفاسدة ، فلا يستفاد حصراكل المال بالتجارة عن تراض لكى يستفاد منه بطلان بيع الفضولى ٠

و فيه اولا : أن الاستثناء المنقطع من اوضح الاغلاط اذلا يصح أن يقال ما رايت عالما الا الجاهل و ما اتجرت تجارة فاسدة الا تجارة صحيحة فانهما و اشباههما من الاغلاط الواضحه التى لاتصدر من الاخصائيين فى الفصاحة و المدربين فى البلاغة بل هى لا تصدر ممن دونهم و لا توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورها من اللّه العظيم و وجوده فى كتابه الكريم الذى نزل بعنوان الاعجاز و التحدى حيث طلب النبى (ص) من جميع البشر و الامم أن يأتوا بمثله فعجزوا عن ذلك ثم تنزل عن هذه الدعوى و تحداهم الى الايتان بعشر سور مثله مفتريات فلم يتمكنوا منه ايضا ثم تنزل عن ذلك و طالبهم أن يأتوا بسورة واحدة مثله و امرهم ان يدعوا شهدائهم و يصرخوا ليستنصروا منهم و يستعينوا بهم و لكن لم تنفعهم صارختهم و استغاثتهم و استعانتهم ثم عجزهم بقوله عزّ من قائل و لئن اجتمعت الجن و الانس الخ فما كانوا مقرنين و مع ذلك كله كيف يرض المنصف بوجود

الغلط فى مثل هذا الكتاب الذى لايأيته الباطل من بين يديه، تعالى كلامه عزوجل عن ذلك علوا كبيرا واذن فليس الاستثناء الاقسما واحدا وهو الاستثناء المتصل وعليه فالاستثناء فى الآية الشريفة استثناء متصل ولوكان ذلك بالعناية ٠

وثانيا : لوسلمنا كون الاستثناء على قسمين ولكن الموجود فى آية التجارة عن تراض استثناء متصل وذلك لان الالفاظ المذكوره ليست إلا الاكل والاموال والباطل والتجارة والتراض اما اللفظ الاخر فهو المستثنى واما البواقى فلايصلح شئ منها لان يكون مستثنى منه وهذا ظاهر ٠

واذن فلا مناص الا عن تقديره فى الكلام وقد ذكرنا غير مرة ان دخول الباء السببية على كلمة الباطل ومقابلتها فى الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على كون الآية ناظرة الى فصل الاسباب الصحيحة للمعاملة عن الاسباب الباطلة كما أن المراد من الاكل ليس معناه الحقيقى اعنى به الازدراد بل هوكناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق ، واذن فيكون المستثنى منه محذوفا فى الآية المباركة وهوأسباب التجارة ، وقد حذف واقيم لفظ بالباطل مقامه ونظير ذلك كثير فى القرآن وغيره ومن ذلك قوله تعالى و ان تكفروا فان الله غنى عن العالمين ، حيث حذف الجزاء واقيمت العلة مقامه وحينئذ ، فمفاد الآية المباركة انه لاتتملكوا اموالكم بينكم بشئ من الاسباب الا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض فان التملك بغير هذا السبب باطل وعليه فتدل الاية على حصر الاسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلا ٠

و من هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تاكلوا لا تاكلوا اموال الغير و بعد التجارة عن تراض ليس الاكل اكلا لمال الغير.

و ثالثا : لو سلمنا كون الاستثناء فى الآية منقطعا وسوق الآية بحسب ظهورها البدوى الى بيان القاعدة الكلية لكل واحد من اكل المال بالباطل و التجارة عن تراض و تظهر ثمرة ذلك فيما لا يعد فى نظر العرف من التجارة عن تراض و لا من الاسباب الباطلة فيكون مجملا و لكنه تعالى حيث كان بصدد بيان الاسباب المشروعة للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الاهمال مخلا بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من القرينة المقامية و تحصل أن الآية ـ المباركة موقة لبيان حصر الاسباب الصحيحة بالتجارة عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلا ام كان منقطعا ، فدلالة الآية على مفهوم الحصر مما لا ريب فيه و هو بطلان التجارة عن غير تراض و منها البيع الفضولى

اما الوجه الثانى ، فقد ناقش فيه المصنف : بأن سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما اذا لم يرد الوصف مورد الغالب و الا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف فى الآية الشريفة قد ورد مورد الغالب كما فى قوله تعالى « و ربائبكم اللاتى فى حجوركم » لا للاحتراز لكى يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خبرا ، ثانيا لتكون بناء على نصب تجارة كما هو المنقول عن قراءة الكوفيين ، لا قيدا للتجارة وحينئذ فيلزم وقوع الاكل و التصرف بعد التراضى سواء تقدم على

التجارة ام تاخرعنها اذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الاكل تجارة و يكون عن تراض انتهى ملخص كلامه ٠

و يتوجه على الوجه الاول ، أنه لاشبهة فى ثبوت مفهوم - الوصف و الا لكان القيد لغوا و لكن فائدة القيد ليست انتفاء الحكم عند انتفائه بل فائدته انما هى الدلالة على عدم ثبوت الحكم للطبيعة السارية مثلا اذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه اثبات وجوب الاكرام للعالم و نفيه عن غيره ، بل معناه انما هو ثبوت وجوب الاكرام للانسان العالم لا لطبيعة الانسان واضف الى ذلك انا لو سلمنا عدم دلالة الوصف على المفهوم و لكن ذلك فيما لا قرينة على انتقاء الحكم عند انتفاء القيد و الا فلا شبهة فى ثبوته كما اذا ذكر الوصف فى مقام التحديد لان وقوعه فى مقام التحديد قرينة مقامية على اختصاص الحكم بمورد الوصف ولو قلنا بعدم ثبوت المفهوم له ٠

والوجه فى ذلك هوأن الحد لابد وأن يكون جامعا للافراد و مانعا عن الاغيار و من الظاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لماكان كذلك و من هذا القبيل قوله عليه السلام «اكرمن الماء» فى جواب السائل عن الماء الذى لاينجسه (١) شئ ، فان الامام(ع) ذكره فى مقام تحديد الماء الذى لاينفعل فيدل على انتفاء الحكم عند انتقاء القيد و ذكر التراض فى الآية الكريمة من القبيل المذكور لما عرفته آنفا من انها متوجة الى فصل الاسباب الصحيحة للمعاملة عن الاسباب الباطلة لها و حصر اسبابها الصحيحة بالتجارة عن تراض و

١ـ الوسائل باب ٩ من ابواب الماء المطلق ٠

اذن فلا شبهة فى قيام القرينة على كون قيد التراض مسوقا الى تحديد الاسباب الصحيحة للتجارة وحصرها بالتجارة عن تراض ٠

و يتوجه على الوجه الثانى ، انه لا يفرق فى دلالة الآية على اعتبار التراضى فى التجارة و تقييدها به بين كون لفظ عن تراض قيداً للتجارة و بين كونه خبر ثانيا لتكون ، فانه على كل تقدير تدل الآية الشريفة على بطلان التجارة غير الناشئة من الرضا و طيب النفس ٠

نعم اذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائرة مفهوم الوصف اذ المفروض أن التجارة حينئذ لم تتصف بالتراضى و لكن ذلك لا يمنع عن دلالة الآية على اعتبار الرضاء فى أسباب النقل و الانتقال على النحو الذى ذكرناه ٠

على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد فى نفسه و مخالف لظاهر الآية ٠

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المحقق صاحب المقابيس من انه يمكن ان يكون التقدير على كلتا القرائتين الا (أن تكون تجارة كاملة عن تراض او ممضاة عن تراض فيندرج عقد الفضولى فى الآية لان كماله و امضائه بالاجازة و هذا نظير ما حكى فى المجمع عن مذهب الامامية و الشافعيه وعن غيرهم من ان معنى التراضى - بالتجارة امضاء البيع بالتفرق او التخائر بعد العقد) فان هذا ايضا بعيد عن ظاهر الآية و التزام بالتقدير بلا ملزم ٠

و التحقيق فى الجواب عن الاستدلال بالآية على بطلان بيع الفضولى ما اشار اليه المحقق صاحب المقابيس و تبعه المصنف من

أن الخطاب فى الآية الشريفة لملاك الاموال فيشترط وقوعهـا اى التجارة برضاهم و من البين الذى لاريب فيه أن التجارة الصادرة من الفضولى لايطلق عليها انه تجارة المالك الا بعد اجازته فاذا اجازها صارت تجارة عن تراض ٠

و بتعبير آخرانا ذكرنا مرارا أن حقيقة البيع و التجارة ليست انشاء خالصا و الا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهى و اشباههما ، و لا أنها عبارة عن الاعتبار النفسانى المحض والا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفسانى الصرف من دون اظهاره بمظهر خارجى ، بل حقيقة البيع و التجارة هى الاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى وعليه فلو اعتبر احد فى افق نفسه تبديل ماله بمال غيره و اظهره بمظهر خارجى صدق عليه مفهوم البيع و التجارة ٠

و من البديهى أن هذا المعنى لايصدر الا من المالك او ممن هو بمنزلته كالوكيل و نحوه و اما بيع الفضولى قبل اجازة المالك ، فهو ليس ببيع حقيقة بل صورة بيع الفضولى فلم يصدر منه الا الانشاء والصيغة و لا شبهة فى انه لايطلق البيع و التجارة على الانشاء المحض كما عرفته و لا يقال أن الفضولى قد اتجر بالمال الفلانى وباعه بمجرد اجراء الصيغة ، الا بالعناية و المجاز فاذا اجازه المالك كان بيعا و تجارة حقيقة للمالك لا للفضولى ، فالبيع الفضولى بما انه بيع فضولى خارج عن الآية وعن سائر العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها خروجاً تخصصيا فلا دلالة فى الآية لا على صحته و لا على فساده و بما أنه مجاز للمالك فتشمله الآية و بقية العمومات و لا تنافى بين خروج بيع الفضولى عنها قبل الاجازة و بين

اتصافه بالصحة التاهلية ·

و يمكن الجواب عن ذلك ، بأن الآية قد دلت على كون المدار على وقوع التجارة عن رضاء المتعاقدين ، فتشمل جميع اقسامها و خرج من ذلك المتعاقدان الّذان لم يأذن لهما المالك ولا اجاز عقدهما و بقى الباقى ·

وكيف كان فلا دلالة فى الآية على بطلان بيع الفضولى ·

و اما السنة فهى اخبار كثيرة ، منها النبوى المروى مستفيضا من الخاصة والعامة وهو قوله (ص) لاتبع ما ليس عندك (۱) و وجه

۱ـ عن سليمان بن صالح عن الصادق (ع) نهى رسول اللّه (ص) عن بيع ماليس عندك ضعيف بسليمان بن صالح وعن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه فى مناهى النبى (ص) قال و نهى عن بيع ما ليس عندك ضعيف بشعيب بن واقد وغيره الوسائل باب ۷ من ابواب احكام العقود وعن حكم بن حزام قال : قلت يا رسول اللّه (ص) يا تينى رجل يسألنى البيع ليس عندى ما ابيعه ثم ابيعه من السوق فقال : لاتبع ما ليس عندك وعنه فى رواية اخرى قال قلت : يا رسول اللّه (ص) الرجل يسألنى البيع وليس عندى افا بيعه ؟ قال لاتبع ما ليس عندك وعنه فى رواية اخرى قال قلت يا رسول اللّه انى اشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم على ؟ قال فاذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه وعنه ايضا عن رسول اللّه (ص) لاتبع طعاما حتى تشتريه و تستوفيه سنن احمد ج (۳) المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنزل العمال ص ۴۰۲ و عن منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) لاعتق قبل ملك وعن ابن علوان عن الصادق (ع) عن ابيه (ع) قال قال لاطلاق لمن لاينكح ولا عتاق لمن لايملك بحارج ۲۳ص ۱۳۹ و ۱۴۱ عن الصفار انه كتب الى ابى محمد الحسن العسكرى (ع)

الاستدلال به على فساد بيع الفضولى هو ان النهى فيه ارشاد الى عدم نفوذ البيع لانا ذكرنا مراراً أن النهى عن معاملة ارشاد الى بطلانها و المراد من عدم حضور المبيع عند البايع هو عدم تسلطه على تسليمه لعدم كونه مملوكا له ، فيكون ذلك من قبيل ذكر الملزوم و ارادة اللازم وعليه فيدل النبوى المزبور على بطلان بيع مال الغير سواء أباعه البايع لنفسه ام باعه لمالكه وعليه فشأن النبوى شأن قوله (ع) لاطلاق الا فيما يملك ولاعتق الا فيما يملك و لا بيع الا فيما يملك بناءً على قراءة لفظ (يملك) بصيغة الفاعل كما هو الظاهر من السياق حيث ان الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لانه ازالة علقة الزوجية فقبل تحققها لا يتوجه القصد الى ازالتها وكذلك العتق و عليه فالمراد من الرواية هو طلاق زوجة الغير وعتق مملوكه و بيع

فى رجل له قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكة و القرية بمراحل من منزله فوقع (ع) لا يجوز بيع ما ليس بملك و قد وجب الشراء من البايع على ما يملك الوسائل باب ۲ من ابواب عقد البيع وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى (ص) أنه قال لاطلاق الا فيما يملك و لا عتق الا فيما يملك و لا بيع الا فيما يملك الخلاف ج (۱) مسألة ۲۷۵ ص ۲۲۲ و رواه فى المستدرك ج ۲ ص ۴۶۰ بأدنى تفاوت كافى و عن أبى بصير عن ابى عبدالله (ع) قال كان الذين من قبلنا يقولون لاعتاق الا بعد ما يملك الرجل وعن محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) فقال لا يطلق الا ما يملك و لا يعتق الا ما يملك ولا يتصدق الا بما يملك وعن الحلبى عن أبى عبدالله (ع) لاطلاق الا بعد نكاح ولاعتق الا بعد ملك الوافى ج ۱۲ باب ۱۶۴ من ابواب الطلاق ص ۱۵۶ .

ماله فضولا ، فالمعنى أنه لا بيع الا فيما يملكه البائع قبل العقد و هذا موافق للاخبار المستفيضة الدالة على عدم وقوع الطلاق والعتاق الا بعد الملك وقد ذكرناها فى الحاشية ·

واما بناءً على قرائته بصيغة المفعول ـ كما توهم ـ فالرواية خارجة عن المقام بل هى ناظرة الى المنع عن بيع ما ليس يملك كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء وكبيع الخمر والخنيز وكلب الهراش وطلاق الاجنبية وعتاق الحز ·

ويتوجه عليه اولا : ان النبوى المزبور غير نقى السند ولانه منجبر بشئ فلا يمكن الاستدلال به فى المقام ·

وثانيا : أن المراد من الموصول من قوله (ص) «لا تبع ما ليس عندك» ، انما هو بيع العين الشخصية عن نفسه ثم يشتريها البايع من مالكها ويسلمها الى المشترى وذلك لقيام الاجماع و الضرورة على بيع الكلى فى الذمة عن نفسه سلفا أوحالا والشاهد على ذلك من الرواية ما ذكره فى التذكرة من ان النبى(ص) ذكر هذا الكلام جوابا لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشئ ثم يمضى ويشتريه ويسلمه وعليه فيختص النبوى بالبيع الشخصى و لكن قد اخطأ العامة فى تطبيقه على بيع الكلى فى الذمة حالا ·

وثالثا : انا لو سلمنا الجمود فى ظاهر الموصول وارادة المنع عن بيع ما لم يكن فى يد البايع سواء أكان مملوكا له ام لا و سواء أكان كليا فى الذمة أم كان جزئيا خارجيا و سواء أكان مقدورالتسليم ام لا ، ولكن لا بد من تخصيصه بالنصوص (۱) الظاهرة فى جواز بيع

الكلى الذى ليس عنده المعبرة عن كون المنع عنه مذهب العامة حيث ناقضهم الامام (ع) ببيع السلف وأن صاحبه باع ما ليس عنده وعليه فيكون المراد من النبوى بعد تقييده ما هو المراد من الروايات (١) المانعة عن بيع العين الشخصية قبل تملكها و من هنا

١ـ عن عبدالرحمان بن الحجاج قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى منه حالا قال ليس به بأس قلت انهم يفسدونه عندنا قال وأىّ شئ يقولون فى السلم قلت لايرون به بأسا يقولون هذا الى أجل فاذا كان الى غير اجل وليس عند صاحبه فلا يصلح فقال فاذا لم يكن الى اجل كان اجود (احق به) ثم قال لاباس بان يشترى الطعام وليس هوعند صاحبه حالا والى اجل فقال لايسمى له اجلا الا ان يكون بيعا لايوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه فى غير زمانه فلاينبغى شراءذلك حالا صحيح وعنه قال قلت لابى عبد الله (ع) الرجل يجيئنى يطلب المتاع فاقاله علىّ ثم اشتريه فابيعه منه فقال اليس انشاء أخذ وان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس قلت فان من عندنا يفسده ٠٠٠ ان أبى كان يقول لابأس ببيع كل متاع كنت تجده فىالوقت الذى بعته فيه حسنة بابراهيمبنهاشم وعنابىالصباح الكنانى عنالصادق(ع) فىرجل اشترى من رجل مأة من صفرا بكذاوكذا وليس عنده ما اشترى منه قال لابأس به اذا وفاه الذى اشترط عليه و رواه ـ بسند آخر فى باب ٥ من أبواب السلف الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود وعن هشام بن سالم عن ابى عبدالله(ع) قال سأل عن رجل باع بيعا ليس عنده الى اجل وضمن البيع قال لا بأس به صحيح الوسائل باب ٥ من ابواب السلف ٠

١ـ عن خالد بن الحجاج قال قلت لابى عبدالله(ع) الرجل يجيئ فيقول اشترهذا الثوب اربحك كذا وكذا قال أليس انشاءترك وان شاء أخذ ؟ قلت بلى قال لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام ، مجهول بيحيى وعن معاوية بن عمار قال قلت لابى عبدالله(ع) يجيئنى

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البايع مطلقا سواءأكان المبيع كليا ام كان شخصيا انما هو مذهب العامة(۱) و اذن فلا وجه لماذكره شيخنا الاستاذ من ان بيع الكلى سلفا او حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الاستاذ او من قلم مقرر بحثه و انما العصمة لاهلها ۰

و رابعا : أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

الرجل يطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شئ فيقاولن عليه ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه اليه فقال ارأيت أن وجد بيعا هو احب اليه مما عندك ايستطيع ان ينصرف اليه و تدعه ؟ قلت : نعم قال فلابأس صحيح و عن منصور بن حازم قال سألت ابا عبدالله(ع) عن رجل طلب عن رجل ثوبا بعينة قال ليس عندى هذه دراهم فخذها فاشتريها فاخذها فاشترى بها ثوبا كما يريد ثم جاء به ايشتريه منه ؟ فقال أليس ان ذهب الثوب فمن مال الذى اعطاه الدراهم ؟ قلت بلى قال انشاء اشترى و ان شاء لم يشتر ؟ قلت نعم قال لا بأس به الوسائل باب ۸ من ابواب احكام العقود ۰

۱ـ قال فى شرح الهداية :ج ۵ص ۳۲۴ ان السلم عقد مشروع بالكتاب و بالسنة و هو ما روى أنه عليه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان و رخص فى السلم و القياس و ان كان يأباه ۰ و لكنا تركناه بما رويناه ، و وجه القياس أنه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه انتهى ۰ و فى شرح فتح القدير ج ۵ ص ۱۹۱ منع عن بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع مالا يملكه و فى ص ۱۹۲ منع عن بيع الطير فى الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ و فى الفقه على المذاهب الاربعة ج ۲ ص ۳۴ و حكم السلم الجواز فهو رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه و دليل جوازه الكتاب و السنة ؟ و الاجماع و فى ص (۲۴۰) عن الحنفية و من البيع الباطل بيع ما سيملكه قبل ملكه لانه انما يبيع شيئا معدوما لا يقدر على تسليمه و هو باطل ۰

على عدم وقوعه مؤثرا فى حقه ، فلا يدل على الغائه بالنسبة الى المالك و بقائه على اهليته لتعقب الاجازة منه ، و بعبارة اخرى : ان مفاد النبوى هو عدم الصحة الفعلية المقتضية للقبض و الاقباض لاعدم الصحة التاهلية الاقتضائية التى هى مورد البحث فى بُيع الفضولى ·

ثم ان بيع العين الشخصية على قسمين الاول أن يكون المبيع شيئا معينا و مالا مشخصا عند شخص معلوم ، فباعه البايع لنفسه ثم يمضى ليشتريه منه و يسلمه الى المشترى ·

الثانى : أن يكون المبيع مشخصا عند شخص معلوم كالقسم الاول ـ و لكن باعه البايع لمالكه فضولا ·

و الظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البايع انما هو القسم الاول لان ارادة القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى ، هو الانشاء الساذج مع انه مخالف لظاهره ، فيحتاج ارادته الى العناية و المجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن ايجاد حقيقة البيع التى يتوقف حضولها على النقل و الانتقال فى الخارج و اما مجرد الانشاء الصادر من الاجنبى فلا يكون بيعا الا بالاجازة اللاحقة ·

و بتعبير آخر : أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملك والسلطنة لمن له البيع لا للعاقد عنه ، فلا يكون شاملا للفضولى المتوقف على اجازة المالك ·

ولو تنزلنا عن ذلك و قلنا : بعدم ظهوره فى القسم الاول و لكن لا ظهور له فى القسم الثانى ايضا ، فيرجع فيه الى العمومات

الدالة على صحة العقود ، و اما القسم الاوّل فيرجع فيه الى الرّوايات الدالة على المنع عن بيع الشخصى الّذى هو غير موجود عند البايع ٠

و مع الاغماض عن ذلك ، فلا دلالة فى النبوى على بطلان بيع الفضولى و ذلك لان الظاهر من منع البايع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه وكونه له كما عرفته آنفا و من البين أن هذا لا ينافى صحة بيع الفضولى صحة تاهلية بحيث يستند اليه بالاجازة اللاحقة ٠

و لو اغمضنا عن ذلك أيضا و لكن النبوى ليس نصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالته عليه انّما هو بالاطلاق فنقيده بالادلة الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولى وعمدتها صحيحة محمد بن قيس المتقدمة واذن فيختص النبوى بالقسم الاول فقط ٠

و لو تنزلنا عن ذلك أيضا و قلنا بكون النبوى نصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضه بينه و بين ما دل على صحة بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لكونه موافقا للكتاب و مع عدم المرجح فى البين- فيتساقطان و يرجع الى العمومات ، و قد عرفت فى اول المسألة أن بيع الفضولى مشمول لها فيحكم بصحته من هذه الناحية٠

و قد ظهر مما ذكرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بالروايات الدالة على المنع عن بيع مالا يملك بناءً على قراءة يملك بصيغة الفاعل لا المفعول فيراد من قوله عليه السلام فى صحيحة الصفار المتقدمة قريبا (لا يجوز بيع ما ليس تملك) عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالاجازة اللاحقة فلا وجه لما ذكره فى الحدائق عند التعرّض لصحيحة

الصفار من ان (الاصحاب قد افتوا فى هذه المسألة التى هى مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملك و وقوفه فيما لا يملك على الاجازة من المالك بمعنى انه صحيح ، لكونه فضوليا موقوفا فى لزومه على اجازة المالك و الرواية كما ترى تنادى بانه لا يجوز الدال على التحريم و ليس ثمة مانع موجب للتحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون اذن مالكه) اذ يمكن أن يراد من الجواز المنفى عدم النفوذ الوضعى كما فهمه الاصحاب فان ارادة النفوذ من الجواز شايع و اذا احتمل هذا المعنى ، فلا يبقى فى الصحيحة ظهور فيما ذكره صاحب الحدائق فضلا عن أن ينادى لفظ لا يجوز باعلى صوته من المكان المرتفع بالتحريم التكليفى .

وقال شيخنا الاستاذ : (ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها ، فلا يمكن تخصيصها بالادلة الدالة على صحة الفضولى لان تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق ، بتقريب أن مفاد الادلة المانعة هو ان بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه ام للمالك وسواء اجاز ام لم يجز و مفاد الادلة المجوزة صحة البيع للمالك اذا أجاز لانه لم يكن البيع لنفسه او للمالك بلا اجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم ، بل التعارض بينهما بالتبائن فانه لو سلم اطلاق هذه الروايات و شمولها لما اذا قصد الفضولى البيع للمالك او لنفسه مع المنع وعدمه فلا اشكال فى شمول الروايات الدالة على الصحة لجميع الاقسام) .

و لكن يتوجه عليه : أن تخصيص الادلة المجوزة بصورة كون البيع لمالك مع لحوق الاجازة ان التخصيص لاجل ما ذكر انما يصح فيما

اذا لم يتعارف فى الخارج بين الانسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا فى زمان الجاهلية بل فى جميع الازمنة ، وقد جرت عليه سيرة الجهال و الفساق وغير المبالين فى امر الدين حيث انهم يرون الاسباب غير المشروعة مملكة كالغرر و القمار و الغصب و السرقة و الخيانة واشباهها بل ربما يستملكون اموال الناس بلا مملك شرعى و لاعرفى و يعاملون معها معاملة اموالهم ٠

و قد يقال : ان النسبة بين ما دل على صحة بيع الفضولى و بين ما دل على فساده هى العموم من وجه ـ كما فى حاشية المحقق الايروانى ـ واليك نصه : (أن المنفى فى هذه الاخبار لوكان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار اخص من هذه الجهة و ان كانت اعم من حيث اجازة المالك ، فتكون النسبة عموما من وجه و تقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه وان اجاز المالك كما قالوه فى بيع الغاصب) ٠

و فيه أن الاستدلال بالاخبار المانعة على بطلان بيع الفضولى انما هو مبنى على كون مفادها اعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لانها لوكانت مختصة بالبيع للمالك لكانت خارجة عما نحن فيه ـ بالكلية ـ و لم يبق مجال للتمسك بها على ذلك ٠

و قد عرفت قبل الشروع بذكر ادلة القولين أن هنا ثلاث مسائل:
الاولى أن يبيع للمالك الثانية ان يبيع له مع سبق المنع عنه ٠
الثالثة ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب ٠

وكلامنا فعلا فى حول المسألة الاولى واما البيع لنفسه الذى هو المسألة الثالثة فسيأتى البحث عنه قريبا ، وكيف كان فلا وجه

لتخصيص الادلة المانعة لصورة البيع لنفسه و يضاف الى ذلك انه لم يذكر فى الاخبار المانعة و لا فى الاخبار المجوّزة كون البيع للمالك مع لحوق الاجازة اوكونه للبايع و لم يصرح فيهما بشئ من ذلك واذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحية خاصة بل الظاهر منهما هوكون الطائفة المجوزة اخص من الطائفة المانعه لان الاولى مختصة بصورة لحوق الاجازة من المالك و الثانية اعم من ذلك ·

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التساقط والرجوع الى العمومات لاتقديم احد المتعارضين على الاخر ·

و منها صحيحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال : سألت ابا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم وكتب عليها كتابا بانها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال ام يمنعها ؟ قال فليقل له ليمنعها اشد المنع فانها باعت ما لم تملكه (١) حيث انها تدل على المنع عن بيع الانسان ما لاتملكه ، فتشمل الفضولى ايضا ·

و فيه ان الصحيحة تدل على انه لايجوز لبايع الفضولى ان يقبض الثمن ، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال : انها مشعرة بصحة بيع الفضولى حيث ان الامام (ع) قد علل المنع عن تسليم المال بانه باع ما لم تملكه و من الظاهر انه لوكان البيع فاسداً لعلله بذلك لان التعليل بالامر الذاتى اولى من التعليل بالامر

١ـ التهذيب باب المكاسب ج ٦ ص ٣٣٩ والتهذيب القديم ج ٢ ص ١٠٦ و ٨٦٧ و للوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع ·

العرض .

و منها رواية (۱) الاحتجاج فانه قد ذكر فيها الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها او بامره او رضى منه فانها تدل بمفهوم الحصر على بطلان البيع الفضولى لانه لم يصدر من المالك ولا بأمره ولا برضاء منه .

و فيه اولا : ان الرواية ضعيفة السند من جهة الارسال .

و ثانيا : انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ كما فهمه الاصحاب فيمن باع ما يملك و ما لا يملك صفقة واحدة حيث بنوا على النفوذ فى الاول و توقفه على اجازة المالك فى الثانى و لاريب ان اطلاق الجواز وعدمه على النفوذ وعدمه شايع بين الفقهاء رضوان الله عليهم ، و من ذلك قولهم اقرار العقلاء على انفسهم جائز او نافذ و اذن ، فالرواية تدل على عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك وعدم نفوذه منه و هذا لاينافى استناده الى المالك بالاجازة اللاحقة بل قد عرفت آنفا ان البيع و الشراء لا يطلقان على الانشاء الساذج وعليه فالمراد من قوله (ع) لا يجوز ابتياعها الخ هو النهى عن ابتياع مال الغير حقيقة لامجرد اجراء العقد عليه لفظا ، فلا دلالة فيها على فساد بيع الفضولى من اصله بل ربما يقال : بدلالتها على صحته ، و ذلك لان الامام عليه السلام قد تفضل بان ابتياع الارض لا يصح الا بمباشرة المالك او بوكالة منه او برضائه به على سبيل مانعة الخلو و من المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

۱ـ الوسائل باب ۱ من ابواب عقد البيع و قد ذكرنا مجموع الرواية سابقا .

الرضاء السابق على العقد لكناية قوله(ع) و بامر منه في ذلك ، ولا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره في صحة البيع و قد عرفته فيما سبق ، فيكون المراد منه الرضاء المتأخر ، و ان ابيت عن ظهور الرواية في ذلك فلا آقل من الاحتمال فتكون الرواية ـ مجملة ٠

وكيف كان فلا ظهور لها في فساد بيع الفضولي ٠

و منها صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال : سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و اهل الارض يقولون هي ارضهم و اهل الاستان يقولون هي من ارضنا فقال لاتشترها الا برضاء اهلها (١) حيث ان الامام (ع) منع عن شراء الارض الا برضاء اهلها ، فيكون الشراء من الفضولي فاسدا

و قد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غير المالك لاينافي استناد البيع الى المالك باجازته اذ لادلالة في هذه الرواية على اعتبار الرضاء المقارن في صحة العقد وكون الاجازة اللاحقة لاغية ، فلا وجه لما ذكره في الحدائق ، من صراحة الرواية في تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال : و دعوى قيام الاجازة ـ المتأخرة مقام الرضا السابق مع كونه لادليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم الا مع تقدم الرضاء ٠

و منها الروايات (٢) الدالة على عدم جواز شراء السرقة والخيانة

١ـ في حديث المناهي قال من اشترى خيانة و هو يعلم فهو كالذي خانها ، و في رواية سماعة قال سألته عن شراء الخيانة و السرقة فقال اذا عرفت انه كذلك فلا الا ان يكون شيئا اشتريت من ←

وقد استدل بها وبغيرها فى الحدائق على بطلان بيع الفضولى وقال فى جملة ما ساقه من الكلام واليك لفظ بعضه وهذه جملة من الاخبار الواضحة الظهوركالنورعلى الطورفى عدم جواز بيع ـ الفضولى وعدم صحته ، ولوكان ما يدعونه من صحة بيع الفضولى و تصرفه بالدفع والقبض صحيحا وانما يتوقف على الاجازة لصرح به بعض هذه الاخبارأواشيراليه ولاجابوا بالصحة وان كان اللزوم موقوفا على الاجازة فى بعض هذه الاخباران لم يكن فى كلها مع انه لا أثرفيها لذلك ولو بالاشارة فضلا عن صريح العبارة ، و قال فى موضع آخر ـ بعد نقل خبر سماعة ـ وهذا نصه : (وقد نهى عن الشراء والنهى دليل التحريم وليس ذلك الا من حيث ان المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا والتصرف فى ـ المغصوب قبيح عقلا ونقلا و الاصحاب فى مثل هذا يحكمون بالصحة والوقوف على الاجازة وهل هوالا رد لهذا الخبرونحوه ؟ ولكنهم معذورون من حيث عدم اطلاعهم على هذه الاخبارالا انه يشكل هذا الاعتذار بالمنع من الفتوى الا بعد تتبع الادلة من مظانها و الاخبارالمذكورة فى كتب الاخبارالمتداولة فى ايديهم مسطورة)و الى غيرذلك من الكلمات غيرالخالية عن التعريض و اساءة الادب

العامل ، وعن جراع المدانى عن الصادق(ع)قال لا يصلح شراء السرقة والخيانة اذا عرفت ، وفى رواية اخرى من اشترى سرقة و هو يعلم فقد شرك فى اثمها ، وفى رواية قرب الاسناد عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها ؟ قال اذا انبأهم انها سرقة فلا يحل وان لم يعلم فلا بأس الوسائل باب (١) من ابواب عقد البيع وشرائه .

١ـ الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع و شرائه .

مع الاصحاب ٠

ثم قال فى آخركلامه : (و بالجملة فالقول بما عليه الشيخ و اتباعه من البطلان هو المختاركما دلت عليه صحاح الاخبارعلى انا لانحتاج فى الابطال الى دليل بل المدعى للصحة عليه الدليل كما هو القاعدة المعلومة بين العلماء جيل بعد جيل و قد عرفت ان ادلتهم لاتسمن و لاتغنى من جوع كما لا يخفى) ٠

و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهرة فى ارادة التملك من الابتياع المذكور بحيث تترتب عليه الاثار نحو ترتبها على الابتياع من المالك ، فلا اشعار فى شئ منها ببطلان بيع الفضولى فضلا عن الدلالة عليه و من نظر اليها بعين الانصاف وجانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه ،و العجب من صاحب الحدائق مع تبحره فى الاخبار وغوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الوضوح بمكان بل هوكالنارعلى المنار، و اعجب من ذلك انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج على ما يرومه كانه عثر على ما لم يعثرعليه غيره ، بل لم يكتف على ذلك حتى حمل على الاصحاب و رماهم الى عدم العثور على تلك الاخبار ، وكونهم غير معذورين فى ذلك لوجود كتب الاخبار بين ايديهم و لنصب عيونهم ، و لكنه غفل عن انهم سمعوها و دعوها الا انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها و لم يقعوا على ما وقع عليه صاحب الحدائق من الاشتباه ٠

و من هنا قال فى الجواهر و هذه عبارته : (بل اطنب فيه المحدث البحرانى الا أنه لم يات بشئ بل مقتضى جملة من كلماته

الـتـى أساء الادب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع وتخيل أن القائل بالصحة يريد حصول اثرها من المالك والتمليك وجواز التصرف ، وغير ذلك عدا اللزوم ، فابرق وأرعد ثم ترنم وغرذو ساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلك محتجا بالعثورعليها و الاهتداء الى الاستدلال بها ٠

فتحصل : انه لادلالة فى شئ من تلك الاخبارعلى بطلان بيع الفضولى ولو سلمنا دلالتها علىعدم جواز بيع مال الغير فنخصصها بما دل على صحة بيع الفضولى ، وعلى تقدير التعارض و التساقط يرجع الى العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقودوقد عرفت ذلك كله فيما تقدم ٠

قوله : اما الروايتان ٠

اقول : المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآتيتان فـى بيـع ـ الفضولى لنفسه لا التوقيعان المتقدمان اى توقيع الصفار و توقيع الحميرى ٠

و منها ما رواه الشيخ فى المجالس باسناده عن زريق قـال : كنت عند الصادق عليه السلام اذ دخل عليه رجلان الى ان قال : فقال احدهما : أنه كان على مال لرجل من بنى عمارو له بذلك ذكرحق و شهود ، فاخذ المال و لم استرجع منه ذكر الحق ولاكتبت عليه كتابا ٠٠٠ و وارثه حاكمونى ٠٠٠ فيباع على قاضى الكوفه معيشة لى و قبض القوم المال ٠٠٠ فقال : المشترى كيف اصنع فقال : تصنع ان ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة الى صاحبها الحديث الحدائق ج ۵ المتاجر ص ۷۵ قال فيها بعد نقل الحديث :ان هذا

الخبر وان تضمن ان البايع هو الحاكم وهو صحيح بحسب الظاهر بناءً على ما ورد عنهم(ع) من الاخذ باحكامهم فى زمان الهدنة و التقية الا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه واعتراف الورثة بقبض الدين يكون من باب بيع الفضولى وهو كما سيأتى على قسمين :

احدهما : ما يكون المشترى عالما بالغصب وانه ليس ملكا للبايع ·

وثانيهما : ان يكون جاهلا وادعى البايع الاذن من المالك وما اشتمل عليه الخبر من القسم الثانى ·

ولكن يتوجه عليه ان الرواية اجنبية عن بطلان بيع الفضولى فانها ليست مسوقة لبيان بطلان البيع حتى مع الاجازة اللاحقة ، بل هى ناظرة الى بيان حكم الواقعة وأنه بعد كشف الخلاف ، فلابد وأن يكون يرجع المال المأخوذ بلاحق الى صاحبه ·

قوله : الثالث الاجماع على البطلان ·

اقول : قد ادعاه الشيخ فى الخلاف كما عرفت فى اول المسألة ومع ذلك قد اعترف بان الصحة مذهب جماعة من اصحابنا و لكنه اعتذر عن ذلك بعدم الاعتناء بخلافهم وهو محكى عن ابن زهرة ايضا فى الغنية وعن الحلى فى مضاربة السرائر عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب ·

ويرد عليه اولا : ان دعوى الاجماع على البطلان فى هذه المسألة موهونة جدا لعدم وجود القائل به غير مدعى الاجماع و جمع قليل من المتأخرين خصوصا مع مخالفة الشيخ فى النهاية التى قيل انها آخر كتبه ومن هذه الفتوى يمكن استكشاف ما ادعاه من

الاجماع منقولا لامحصلا واذن ، فلا نظن وجود الاجماع فى المقام بل نطمئن بعدمه .

ويضاف الى ذلك انه ليس هنا اجماع تعبدى اذ من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى بعض الوجوه المتقدمة اوجميعها على ان الاجماع لايكافوء ما تقدم من ادلة الصحة .

قوله : الرابع ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه .

اقول : قد استدل على بطلان بيع الفضولى بالدليل العقلى وبيانه يحتاج الى مقدمات : الاولى (والظاهر انه لااحتياج الى هذه المقدمة) ان التصرف فى مال الغير قبيح عقلا ونقلا وهذا ظاهر لاشبهة فيه .

الثانية : ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه بدون اذنه لانه لم يقصد بعقده الهزل والهذيان والا كان انشاؤه لغوا محضا وساقطا عن درجة الاعتبار وانما قصد النقل و الانتقال حقيقة ولاريب فى كون ذلك تصرفا .

الثالثة : أن التصرف فى مال الغير حرام للروايات الدالة على حرمة التصرف فيها بدون اذن مالكها فنتيجة هذه المقدمات هى بطلان عقد الفضولى لان النهى يقتضى الفساد كما حقق فى محله .

وفيه اولا : أن مجرد انشاء البيع لايعد تصرفا فى المبيع عند العرف لاتصرفا خارجيا ولا تصرفا اعتباريا سواء أكان ذلك باذن المالك كالوكيل فى اجراء الصيغة ، ام كان بدون اذنه كالفضولى وذلك

لان التصرف فی المال عبارة عن ایجاد ما هو من شوئن المالك سواء أكان ذلك تصرفا خارجيا كالاكل و الشرب و الاستظلال تحت الخيمة ام كان تصرفا اعتباريا كالبيع و الاجارة و نحوهما ·

و هذا بخلاف الفضولی ، فانه و ان لم يكن هازلا فی انشائه ولا غالطا و لا ساهيا ولا لاغيا ولا لاهيا ولا مستهزئاً ولا سكرانا بل انما هو قصد البيع الا انه يرى نفسه نائبا عن المالك و باع ما له فضولا متوقعا لاجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على انشائه صدقا حقيقيا الا بعد الاجازة التی بها يتحقق التصرف الاعتباری فی المبيع و يستند البيع الى المالك المجيز لا بالانشاء الساذج الفضولی ·

و ثانيا انا لو سلمنا كون الانشاء الخالص تصرفا فی المبيع و لكنه لا دليل على حرمة التصرف فی مال الغير على وجه الاطلاق بقيام السيرة العقلائيه على جواز الاستضلال بحائط الغير و الاستضاء بضيائه و الاصطلاء بناره و دق باب داره لاستعلام حاله واشباههما و لم يردع الشارع المقدس عنها جزما و اما ادلة حرمة التصرف فی اموال الناس فهی منصرفة عنها قطعا ·

ثالثا انا لو سلمنا كون الانشاء تصرفا فی المبيع و سلمنا حرمته ايضا ، و لكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من الغرئن الحالية أو المقالية و الا ، فلا شبهة فی جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن لا يخرج العقد عن الفضولية كما هو كذلك لان الاذن قد تعلق ـ بالانشاء لا بالمنشأ و الذی يخرج العقد عن الفضولية انما هو الثانی دون الاول وعليه ، فيكون الدليل اخص من المدعى الا ان يلتزم بصحة بيع الفضولی فی هذا المورد لعدم كونه مشمولا للدليل العقلی

و ببطلانه فى سائر الموارد ، ولكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلى وحينئذ فيكفى فى نقضه الايجاب الجزئى ٠

ورابعا : أنا لو سلمنا جميع ما ذكر ولكن انما يحرم الانشاء من الاجنبى مع العلم والعمد واما مع الجهل بذلك اومع الغفلة عنه ، فلا وجه لحرمته ومن الظاهر أن مورد بحثنا اعم من ذلك و اذن ، فيكون الدليل ايضا اخص من المدعى ٠

وخامسا : انا لو سلمنا ذلك ايضا ولكن النهى عن المعاملات لا يوجب الفساد وان اصرعليه شيخنا الاستاذ وتفصيل ذلك فى محله نعم لوكان النهى ارشادا الى فساد المعاملة سواء أكان تحريميا امكان تنزيهياً فلا شبهة فى دلالته على فسادها قد تقدّم ما يمسّ بالمقام ٠ ص ۷۵

وسادساً : أن الفساد من قبل الفضولى و عدم استناد البيع اليه لا يستلزم الفساد من قبل المالك ،ولا ينافى الصحة التأهلية وجواز استناده الى المالك بالاجازة اللاحقه ٠

وقد يستدل على بطلان بيع الفضولى بانه انما حكم ببطلان البع الابق من ناحية تعذر التسليم الذى هو شرط فى صحة البيع ومن الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز، لفقد السبب والشرط معا ٠

وفيه : انا نعتبر الملك والقدرة على التسليم بالنسبة الى المالك المجيز لا العاقد. والا لم يصح عقد الوكيل فى اجراء الصيغة فقط لانه ليس بمالك ولاقادرعلى التسليم ولا فارق بينه و بين الفضولى من هذه الناحية ٠

وقد يستدل على بطلانه بأن عقد للفضولى مشتمل على الغرر للجهل بحصول اثره وقد نهى النبى (ص) عن بيع الغرر ٠

وفيه اولا : أنه انما يلزم ذلك اذا حكمنا بلزومه ولكنه ليس يلازم وعليه ، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ وثانيا : أن عمدة الدليل على بطلان بيع الغررى انما هو الاجماع لان النبوى ضعيف السند وغير منجبر بشئ والمتيقن منه غير ما نحن فيه ٠

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته عند قول المصنف (والجواب أن العقد) لا يخفى ان الفضولى انما يقصد النقل والانتقال جدا مطلقا لا هزلا ولا معلقا على الاجازة والا لم يكن صحيحا مع الاجازة ايضا وحينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب الخ ٠

ويرد عليه اولا : ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلك تصرفا ولا يقاس ذلك ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه ويبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه واين هذا من الفضولى ٠

وثانيا : ان قوله ولا معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته فى مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل فى صحة العقد لا يوجب بطلانه لان صحة العقد متوقفة واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا امور لبطلان بيع الفضولى ولكن قد اغمضنا عنها اذ لا يهمنا ـ التعرض لها ٠

﴿ حكم بيع الفضولى مع سبق منع المالك ﴾

قوله (المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك ٠

اقول : المعروف والمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو صحة بيع الفضولى مطلقا وحكى عن بعض التفصيل فى ذلك بين

سبق المنع وعدمه و يشير اليه ما عن المحقق الثانى فى بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا الى القرينة الدالة على عدم الرضا و هى الغصب و يشير اليه ايضا ما حكى عن فخر الاسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحة الفضولى عدم مسبوقية الصيغة بنهى المالك و يظهر هذا فيما حكى عن العلامة فى نكاح التذكرة من حمل النبوى ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، بعد مارماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه وكراهته له فانه يقع باطلا و هذه العبارة و ان سردها فى النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح وغيره ، فيلزم أن يقول بمثله فى البيع ايضا ·

و يتوجه عليه اولا أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولى لا عن الفضولى المسبوق بالمنع فقط وعليه فلابدّ من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحة عقد الفضولى ·

و ثانيا : انا لو سلمنا تكافؤهما و لكن لابدّ من تقديم ادلة الصحة لضعف النبوى سندا و مع صحة سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات ·

و ثالثا : أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه آثار الزوجية بلا استيذان ولا استجازة من مولاه ولا شبهة فى كونه زانيا و هذا لاربط له بالفضولى المسبوق بالمنع ·

ثم انه يقع البحث هنا فى جهتين الاولى : فى أنه هل هنا دليل يقتضى صحة عقد الفضولى مع سبق المنع عنه من المالك ؟

الثانى : فى أنه هل هنا ما يدل على بطلان العقد بحيث يكون مانعا عن تأثير ما يقتضى الصحة ؟

اما الجهة الاولى ، فان كان الدليل على صحة بيع الفضولى هو العمومات فلا يفرق فى ذلك بينما يكون مسبوقا بمنع المالك وعدمه فانه مع لحوق الاجازة يكون مشمولا للعمومات فى كلتا الصورتين و الا فلا ، وان كان الدليل على صحته هو خبر البارقى المتقدم ، فلا شبهة فى اختصاصه بصورة عدم المنع عن البيع اذ المفروض فيه ان النبى (ص) قد امره باشتراء الشاة من دون نهى عن بيعها ولذا دعاه بالخير والبركة وقال : « بارك الله فى صفقة يمينك » ، وان كان الدليل على صحته صحيح محمد بن قيس فالظاهر من قول أبى البايع (ان وليدتى باعها ابنى بغير اذنى) ، هو عدم سبق المنع عن البيع والا لكان الاحتجاج بذلك على مقصده اولى و اقرب من الاحتجاج عليه بعدم الاذن فى البيع وعلى هذا ، فلا يبقى مجال لاستفادة العموم من الصحيحة من ناحية ترك الاستفصال ٠

و دعوى أن قوله : « باعها بغير اذنى» اعم من المنع و عدم الاذن ، دعوى فاسدة للفرق الواضح بين أن يقول الانسان لاحدما أذنت لك فى الفعل الفلانى و بين أن يقول له نهيتك عن ذلك ولاريب فى أن الثانى اقوى للاحتجاج فى مقام المخالفة وان كان الدليل على صحة بيعه الروايات الواردة فى الزواج العبد بغير اذن سيده معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو جائز ، فدلالته على صحة بيع الفضولى هنا بوجهين الاول من ناحية الفحوى . وبيان ذلك أن السيد وان لم يكن راضيا بزواج العبد بل كان يكرهه كراهة شديدة ولكن حيث لم يكن الزوواج معصية لله بل كان عصيانا للسيد فقط ، لم يخرج بذلك عن الصحة التأهلية لرجاء

زوال العصيان بالاجازة المتأخرة ، و اذا صح الزواج بالاجازة اللاحقة مع كونه مسبوقا بكراهة السيد صح مع كونه مسبوقا بالمنع ايضا لان ما هو مناط العصيان أعنى به مبغوضية الزواج موجود فيهما بلا فرق بين اظهارها بمظهر خارجى وعدمه و اذا صح الزواج صح غيره بالالوية القطعية ۰

و يتوجه عليه : أن الروايات المزبورة خالية عن كون الزواج مسبوقا بالنهى اذ لم يذكر فيها الا كون الزواج عصيانا للسيد لا كونه منهيا عنه و المراد بالعصيان ليس هو مخالفة نهى المولى لكى يستفاد المنع الصريح من ذلك بل المراد به انما هو عدم الاستيذان منه فى النكاح بمقتضى قانون العبودية على ما هو صريح الرواية و اذن ، فلا دلالة فى تلك الروايات على نفوذ بيع الفضولى المتعقب بالاجازة مع المنع السابق ۰

و دعوى استفادة المنع منها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد ، دعوى فاسدة لان حالهما تشهد على عدم رضا المولى بفعل عبده الا بالاستجازة و الاستيذان و الا، فيكون خارجا عن زىّ الرقية و العبودية و هذا غير كونه ممنوعا عن الاستقلال فى الفعل - بمنع صريح ۰

و يضاف الى ذلك ما ذكره المحقق الايروانى من أنه [مع وجود شهادة الحال على المنع خرج عن محل البحث اذ شهادة الحال بوجودها الاستمرارى الى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدى بعده الاجازة] ۰

على انا لو سلمنا دلالة الروايات المزبورة على صحة زواج العبد

مع المنع السابق ولكنها بعيدة عن الفضولى المصطلح لما ذكرناه سابقا من ان عقد النكاح فى مورد الروايات مستند الى العبد و انّه بنفسه طرف للمعاقدة و المعاهدة غاية الامر أن نفوذه متوقف على اجازة السيد و لا شبهة فى ان هذا غير ما هو مورده البحث فى مبحث الفضولى و اذن فلاوجه لدعوى الفحوى المتقدمة ·

الوجه الثانى من ناحية عموم التعليل المذكور فى تلك الاخبار حيث ان الامام (ع) قد علل فيها صحة نكاحه باجازة المولى بأن نكاحه مشروع بذاته و انه ليس معصية للّه تعالى و من الظاهر انه لا يفرق فى مشروعية نكاح العبد وعدم كونه معصية للّه و نفوذه باجازة المولى بين كونه مسبوقا بالنهى وعدمه ، فاذا صح النكاح صح كل معاملة مشروعة بذاته ، فان كونه معصية للسيد مما يرجى زواله و هذا بخلاف ما اذ كان ذلك معصية للّه فانها غير قابلة للزوال ·

و لكن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند اليه وعقد له و ان كان نفوذه مشروطا برضا المولى فلا ربط له بالفضولى المصطلح ، فيكون ذلك نظير بيع الراهن العين المرهونة بدون اذن المرتهن و تزويج بنت الاخ و بنت الاخت بدون اذن العمة و الخالة و اذن ، فلا يمكن التمسك بعموم التعليل المذكور فى تلك الروايات الا فيما يسانخ مورد التعليل و اما بقية الوجوه ،فقد عرفت انها لم تدل على صحة بيع الفضولى مع عدم سبق المنع ، فكيف اذا كان مسبوقا به وكذلك المؤيدات المتقدمة فلاوجه لاطالة البحث عن ذلك ·

اما الجهة الثانية فذكر المصنف : (أن العقد اذا وقع منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنا ما كاف فى الرد فلا ينفع الاجازة

اللاحقة بناءً على أنه لايعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضية حكم بعضهم بأنه اذا حلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه امارة عدم الرضا) ۰

وفيه اولا : أن الباقى بعد العقد ليس الا الكراهة المستمرة من زمان المنع الى بعد العقد ولكن ذلك اجنبى عن الرد بديهة أن معنى الرد انما هو حل العقد وابطال ما حصل به من الربط ولاشبهة فى أن هذا لايتحقق الا بالانشاء الذى هو مفقود فى المقام على الفرض كما أن الفسخ لايوجد الا بالانشاء لان الكراهة الباطنية كالرضا الباطنى لايؤثران فى الرد والاجازة ولافى الفسخ والامضاء

وثانيا : أن الرد لم يثبت بدليل لفظى لكى يتمسك باطلاقه ويحكم بتحققه بالكراهة الباطنية الباقية الى بعد العقد بل انما ثبت ذلك بالاجماع ومن الواضح أنه دليل لبّى ، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن وهو انشاء الكراهة وعدم الرضا بمظهر خارجى من اللفظ و غيره ومن هنا التزم الفقيه الطباطبائى بجواز تأثير الاجازة بعد الرد وهذا نصه : (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الاجازة بعد ذلك ولايوجب الفسخ ۰۰۰ اما ظهور الاجماع فمضافا الى المنع منه لادليل على حجيته ما لم يصل حد القطع بل اقول : لايصح دعوى الاجماع القطعى على بطلان العقد اذا تخلل الرد من القابل بين الايجاب والقبول ، نعم لايبعد دعواه على بطلانه اذا رد الموجب ايجابه قبل قبول القابل ص ۱۵۹) ۰

اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه اذا حلف الموكل

على نفى الاذن الخ ، فتادة نفرضه فى غير زمان الخيار و اخرى فى زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الاستاذ و اليك لفظ مقرر بحثه : (و فسخ عقد الوكيل لوكان خياريا بحلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل ، لو سلم انما هو لأمارية الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهة الموكل باطنا ، بل لايبعد أن يكون نفس انكار الوكالة فسخا كما أن انكار الطلاق رجوع) .

و ان كان فى زمان الخيار فينفسخ العقد بانكار الوكالة بلااحتياج الى الحلف على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل ، و ذلك لان الموكل اذا انكر وكالة المشترى فقد اقر بكون المبتاع للغير و لا شبهة أن هذا اقرارعلى نفسه ، فيكون نافذا و هذا نظير انكار الطلاق فى العدة الرجعية ، فانه يكفى فى الرجوع الى المطلقة بلا احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضرورة أن انكار الطلاق اقرارعلى الزوجية و لوازمها من الانفاق وغيره ، فيكون اقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لايكشف الا عن الكراهة الباطنية وعدم الرضا و من الظاهر أن مجرد عدم الرضا لايكفى فى الرد بل لا بد فيه من الانشاء وقد عرفته آنفا .

و من هنا ظهر انه لايتم ما ذكره المصنف (ره) هذا لفظه (وما ذكره فى حلف الموكل غير مسلّم و لو سلّم فمن جهة الاقدام على الحلف على ما انكره فى رد البيع وعدم تسليمه له) .

وأن كان ذلك فى غير العقد الخيارى ، فهو بحسب طبعه على نحوين لانه تارة ينكر التزامه بالعقد و ينكر الوكالة ايضا و يحلف على ما انكره و اخرى ينكر الوكالة فقط و يحلف على ما انكره من دون أن

ينكر التزامه بالعقد وعلى الاول ، فيحكم ببطلان المعاملة اذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدى اصلا و من هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانفساخ اذ لم يتحقق هنا عقد لكى يحكم بانفساخه وعلى الثانى فيحكم ببطلان الوكالة فقط دون العقد ، اذ لا تحتاج صحته الى صحة الوكالة و قد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد انكار الوكالة لا يكفى فى بطلان ما انشأه الوكيل من العقد بل لا بد فى الحكم ببطلانه من وجود القرينة الخارجية على ارادة الصورة الاولى و أن المنكر انما ينكر الوكالة و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما و الا فيحكم بصحة العقد و بطلان الوكالة فقط ۰

(بحث فى بيع الفضولى لنفسه)

قوله : « المسألة الثالثة أن يبيع الفضولى لنفسه و هذا غالبا يكون فى بيع الغاصب و قد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما فى مورد صحيحة الحلبى المتقدمة فى الاقالة بوضيعة و الاقوى فيه الصحة ايضا وفاقا للمشهور » ۰

اقول : المعروف و المشهور بين الاصحاب هو صحة بيع الفضولى لنفسه و هذا هو الغالب فى بيع الغاصب و قد حكى عن كثير من الاصحاب أنه يقف على الاجازة كسائر البيوع الفضولية و منهم العلامة فى بيع المختلف وغصب التحرير و بيع التذكرة و القواعد و غصبهما و الشهيد و السيورى و الصيمرى و الكركى وحكى عن فخر الاسلام أنه اختاره بناء على صحة الفضولى و هذا مقتضى اطلاق الباقين بل هو لازم فتوى الاصحاب فى ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

بأن للمالك أن يجيز منها ما شاء و من الظاهر أنه لا تتم هذه الفتوى باطلاقه الا على القول بصحة بيع الفضولى لنفسه وعن فخر المحققين أنه على القول ببطلان بيع الفضولى فبيع الغاصب اولى بالبطلان ، و على القول بوقوف بيع الفضولى على الاجازة فالاكثر على أنه كذلك فى الغاصب مع جهل المشترى الخ ٠

ثم انه يقع الكلام هنا ايضا فى جهتين حذ و المسألة السابقة ٠

الاولى : فى وجود المقتضى لصحة البيع وعدمه ، و الثانيه فى وجود المانع عن ذلك وعدمه أما الجهة الاولى فلا شبهة فى أن بيع الفضولى لنفسه مع لحوق الاجازة من المالك مشمول للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود و لزومها و هذا ظاهر ٠

و يضاف الى ذلك صحيحة محمد بن قيس المتقدمة فى المسألة الاولى حيث عرفت دلالتها على صحة بيع الفضولى للمالك مع عدم كونه مسبوقا بالمنع و بضميمة ترك الاستفصال نعم هذه المسألة ايضا ضرورة أنه لو كان هناك فرق بين المسألتين لفصل بينهما الامام(ع) مع أنه لم يفصل بينهما و ترك الاستفصال امارة العموم و اذن فتدل الصحيحة على صحة بيع الفضولى فى كلتا المسألتين و ان ناقشنا فى دلالتها على صحته فى المسألة الثانية لاجل خصوصية فيها ٠

و اما الاخبار الواردة فى صحة نكاح العبد لنفسه بلا اذن سيده فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألة الاولى و كذلك فى المسألة الثانية ، فعدم دلالتها على صحته هنا اولى اذ المفروض أن البيع فى المسألتين المتقدمتين للمالك بخلافه هنا فانه للبايع لانه باع مال غيره لنفسه فالتمسك بها هنا أردء من التمسك

بها هناك .

وأما بقية الوجوه التى استدل بها على صحة بيع الفضولى فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألتين المتقدمتين فضلا عن دلالتها عليها فى هذه المسألة .

اما الجهة الثانية ، فقد ذكروا وجوها لبطلان بيع الفضولى لنفسه ولكن عمدتها وجهان :

الاول أنه مع علم البايع بكون المبيع لغيره لايتمكن من قصد البيع لنفسه لانها لاتتحقق الا بدخول أحد العوضين فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وحينئذ فالصادر من الفضول ليس بيعا حقيقيا بل انما هو صورة بيع نظير بيع الهازل والغالط والساهى .

وعلى لجملة ان حقيقة المعاوضة التى هى عبارة عن دخول احد العوضين فى ملك مالك الآخر غير مقصودة للعاقد وما هو مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضة بين المالين وانما هو معاوضة صورية واذن ، فلا سبيل لنا الى تصحيح بيع الفضولى لنفسه .

ويتوجه عليه .

اولا : أن الدليل المذكور اخص من المدعى لانه مختص بالغاصب العالم بغصبية المبيع فلا يجرى فى الجاهال بغصبيته ولا فى الغافل عن ذلك .

وثانيا : أن العلم بالغصبية انما يمنع عن قصد التبديل بين المالين فى نظر الشارع دائما وفى نظر العرف احيانا كبيع السرقة و الخيانة على روءس الاشهاد وبمرأى من الناس ومسمع منهم لا فى نظر المتبائعين لانا ذكرنا مرارا أن حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار -

النفسانى المظهر بمبرز خارجى ، ومن الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبائعين ، وان لم يكن فى العالم شئ من الشرع واهل العرف واما كونه ممضى للعقلاء والشرع ، فهو امر خارج عن حقيقة البيع وانما هو من الاحكام اللاحقة له وعلى هذا فالبايع الغاصب مثلا ، وان قصد دخول الثمن فى ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره ولكن الاخلال بذلك لا يوجب الاخلال بحقيقة البيع لان قصد حقيقته ، لما كان مستلزما لقصد دخول احد العوضين فى ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضة حقيقة وان انضم الى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتيار تنزيل نفسه منزلة المالك ، لان تعيين المالك الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقة البيع بل القصد الى العوض وتعيينه يغنى عن القصد الى المالك وتعيينه .

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبائعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وبالعكس والا فلا يصدق عليه البيع وعليه ، فلو اشترط على البايع دخول الثمن فى ملك الاجنبى او اشترط على المشترى دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك سببا لبطلان البيع جزما ضرورة أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد وقد تقدم تفصيل ذلك فى الجزء الثالث .

والذى يكشف عن صحة ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعا بتخيل انه سرقة أو خيانة فبان أنه مال نفسه حكم بصحة البيع وكذلك اذا باع شخص مالا باعتقاد أنه لابيه فبان أنه لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلك واوضح من الكل أنه لو تزوج شخص امرأة بتخيل انها خامسة او ذات بعل أو اخت زوجته فبانت انها ليست باخت زوجته ولا انها

ذات بعل ولا انها خامسة بل هى امرأة خلية يجوز تزويجها حكم بصحة الزواج اتفاقا مع أن العاقد لم يقصد هناك الاالزواج الفاسد ٠

فتحصل من جميع ما ذكرناه أن قصد البايع الغاصب كون البيع لنفسه لايؤثر فى فساده وهذا ظاهر وقد أشار المصنف الى ما ذكرناه بقوله : « ان قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا وان كان هذا الجعل لاحقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر الغير الحقيقى حقيقية نظير المجاز الا دعائى فى الاصول نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثمن ولااعتقاد له كانت المعاملة باطلة غير واقعة له ولا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة» ٠

واذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايروانى وهذا عبارته : «كيف تكون المعاوضة المبنية على امر غير حقيقى حقيقية وهل يزيد الفرع على اصله ولعمرى أن هذه الدعوى من المصنف (ره) فى غير محلها » ، لان غرض المصنف من قوله « لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر الغير الحقيقى حقيقية » ، انّما حقيقة المعاوضة مقصودة للبايع يتبع الامر الا دعائى وفى الحقيقة ان المقصود انما هو الامرالواقعى ٠

الوجه الثانى : ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه وعليه فان تعلقت اجازة المالك بما قصده الفضولى كان ذلك منافيا لصحة العقد لان معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثمن باجازته وان تعلقت بغير ما قصده الفضولى كانت عقدا مستأنفا لا امضاء لنقل الفضولى فيكون النقل من المنشى غير مجاز والمجاز غير منشأ وبعبارة اخرى ان ما قصده الفضولى من المبيع لنفسه ليس قابلا للاجازة لما عرفته من أن دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ فى مفهوم البيع و

ما هو قابل للاجازة لم ينشئه الفضولى و اذن فالمجاز غير واقع و الواقع غير مجاز ٠

و قد ظهر جوابه مما ذكرناه فى الجواب عن الاشكال الاول من أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبار تبديل مال بمال فى جهة الاضافة و اظهاره بمظهر خارجى سواء علم به المالك ام لا و سواء اقصده العاقد ام لا ، فان كل ذلك خارج عن حقيقة البيع و من الظاهر أن الفضولى قد قصد هذا المعنى غاية الامر أنه قصد كونه لنفسه من جهة الخطاء فى التطبيق و ذلك لانه انما قصد المعاوضة بين ملكى المالكين مع اعتقاده او بنائه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحة العقد بالاجازة اللاحقة و اذن ، فلا يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لان الاجازة قد تعلقت بالتبديل بين ملكى المالكين اذ المنشى لم ينشأ الا أصل التبديل الذى ـ ينشئه نفس المالك و قصد كونه لنفسه لا يضر بذلك و هذا نظير أن يوجه البايع خطابه الى غير المشترى اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع و يقول المشترى قبلت هكذا فانه لا شبهة فى صحة البيع حينئذ ضرورة أن اقتران الايجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحية الخطأ فى التطبيق فلا يضر بصحة البيع ٠

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه اذا اعطى احد دينارا لشخص و وكله فى شراء متاع و اشتبه الوكيل ، فقصد الاشتراء لنفسه ثم التفت بذلك فانه لا شبهة فى كون البيع للموكل ، و اوضح من ذلك أنه لو ابتاع زيد متاعا من عمرو لموكله ، فتخيل عمرو أنه اشتراه لنفسه فوجه الانشاء اليه و قال بعتك هذا المتاع و قبله زيد ، ثم انكشف انه قد

اشتراه لموكله فان ما قصده البايع من كون الاشتراء لعمرو لا يضربحقيقة البيع .

وعلى الجملة أن المقصود للبايع فى مرحلة الانشاءأمران أحدهما حقيقة البيع المبرزة بمبرز خارجى و ثانيهما اضافته الى نفسه و هذه الاضافة ان طابقت الواقع فهو، و الا كانت لاغية .

ثم لا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار فى ناحية المشترى ايضاحذو النعل بالنعل فانه اذا قبل الايجاب و اضافه الى نفسه فقال - مثلا - قبلت فان كان هذه الاضافة مطابقة للواقع فهو و الا كانت فاسدة و لكن فسادها لا يضر بصحة البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن وقد حكم المصنف بصحة الشراء حينئذ بوجه اخر وهذه عبارته : « ان نسبة الملك الى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملكت منك او قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا اوعدوانا و لذا لوعقد لنفسه من دون البنأ على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة فاذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه تملكت منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عدنفسه مالكا اعتقادا او عدوانا وحيث ان الثابت للشئ من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند اليه التملك حقيقة هو المالك للثمن الخ» .

و يتوجه عليه أن الثابت للشئ من حيثية تقييدية و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثية و لكن لاعلى وجه الاطلاق بل لخصوص الحصة الحاصله من تلك الحيثية فى ضمن ذلك الشئ سواء كانت هذه الحصة حقيقية كما اذا كان المتبايعان مالكين حقيقة ام كانت ادعائية

كما فيما نحن فيه وعليه ، فاجازة المعاملة الخاصة لاتقتضى الا وقوع المعاملة لمن أنشأت له المعاملة لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الانشاء وهو منفى هذا ما ذكرناه فى وجه الصحة .

وقد اجاب عنه المحقق القمى على ما حكى عنه فى بعض اجوبة مسائله ((بان الاجازة فى هذه الصورة مصحّحة للبيع لا بمعنى لحوق الاجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه الخ وعليه فيكون ذلك عقدا جديدا كما هو احد الاقوال فى الاجازة)) .

وفيه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع وهو قائم مقام ايجاب البايع وينضم اليه القبول المتقدم من المشترى وحينئذ ، فيلغو الايجاب الصادر من الفضولى فيكون ذلك من موارد تقدم القبول على الايجاب المتأخر .

ويرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الايجاب وسلمنا ايضا جواز الفصل الطويل بين الايجاب والقبول واغمضنا عن مخالفة هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لا يمكن أن تكون الاجازة اللاحقة ايجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما انشأه الفضولى ، والاجازة المتأخرة على تقدير كونها ايجابا لا يمكن أن يكون ايجابا لذلك القبول لعدم المطابقة بينهما بل لابد وان يكون له قبول آخر وقد ذكرنا فى الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية البايع والمشترى من الامور الواضحة واذن فلا يمكن أن تجعل الاجازة اللاحقة مع القبول المتقدم عقدا

مستأنفا و معاملة جديدة ٠

و قد يراد من كلامه أن للاجازة جهتان جهة ايجاب وجهة قبول فالمالك المجيز من جهة الايجاب غير أصيل و من جهة القبول اما ـ وكيل المشترى او وليه ٠

و يرد عليه أنه لا دليل على كون المجيز وكيلا للمشترى و لا وليا له اضف الى ذلك أن الاجازة اللاحقة ليست الا رضا بالعقد السابق فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهة ايجاب و جهة قبول و هذا ظاهر و ما حكاه المصنف عن الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد من (أنه ربّما يلتزم صحة أن يكون الاجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولى)، ثم قال (و تبعه غير واحد من اجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين) ٠

الاول أن قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحة ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه و ذلك لاستحالة دخول احد العوضين فى ملك غير مالك الآخر نظير ما اذا قال اعتق عبدك عنى او قال بع مالى عنك او اشتر لك بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه او الشراء و نقول فى المقام ايضا اذا اجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته يتضمن انتقال اليه حين البيع او الشراء فكما أن الاجازة المذكورة تصحح البيع او الشراء كذلك يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الاجازة اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق قاضية بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه ٠

الثانى : انه لادليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله اليه ، بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه او الشراء به ، فلو قال : بع هذا لنفسك أو اشترلك بهذا ملك الثمن فى الصورة الاولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشترى و كذا ملك المثمن فى الصورة الثانية ، و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه دون العاقد .

قوله (ره) الاول : أنّه لافرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغيرعينا او فى الذمة .

اقول : انّ البايع تارة يبيع مال شخصه فى ذمة الغيركالدين فهو خارج عن الفضولى فانّه نظير بيع عين ماله الشخصى .

و اخرى يبيع مال غيره فى ذمة نفسه ، فالظاهر خروجه ايضاعن الفضولى فانه لاميزلمال الغيرفى ذمة نفسه .

و ثالثة يبيع ما فى ذمة شخص لآخر او يشترى كذلك ، فهذا لا شبهة فى كونه فضوليّا و يتصوّر ذلك فى كل من البيع و الشراء على ثلثة انحاء .

الاول ان يصرّح البايع او المشترى (تذكرة انّه قد وقع فى بعض الموارد فيما اذا تكون الاجازة باطلة وغيرمفيدة انّ العقد يبطل و هذا مسامحة بل المراد بطلان الاجازة و الا فلو انضّم اليه اجازة اخرى نحكم بصحة العقد فانّ الرّد لايخرج العقد عن قابلية انضمام الاجازة اليه فكيف ببطلان الاجازة و ان شئت فقل ان عقد الغير لا يترتب عليه الاثر لعدم تحقق الاجازة فيه) الفضوليين بالذمة بان يقول بعتك كرّا من الطعام مثلا فى ذمة عمرو او اشتريته بخمسة دراهم فى ذمة بدر

الثانى : ان يكون كلامه ظاهرا فى كون المبيع او الثمن فى ذمّة الغير كان يصنف البيع اليه ، فان ظاهر الاضافة كونه للغير و حينئذ ، فيكون الثمن او المثمن ايضا فى ذمته لما مر مرارا انه لا يعقل دخول العوض فى ملك من لم يخرج العوض الآخر عن ملكه .

الثالث : ان لا يكون كلامه صريحا و لا ظاهرا فى كون البيع للغير بل انما يقصده للغير، وعلى هذا ، فلو اضاف الكلى الى ذمّة الغير او قصد هذا المعنى ، ثم اضاف البيع الى نفسه ولم يظهر ما قصده بمبرز فى الخارج او قصد هذا المعنى و اضاف البيع الى الغير و لكن اضاف الكلّى الى ذمته يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى او اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّة فلان يقع التنافى كما انّه لو قصد الشراء لفلان و اضاف الى ذمة نفسه او قصد الشراء لنفسه و اضاف الى ذمّة غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا .

و هنا مسئلتان الاولى : فى وقوع البيع للعاقد مطلقا على تقدير ردّ الغير و عدم وقوعه له مطلقا او يفصّل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان ، و بين الشراء لنفسه بمال الغير فيقال بالصحة

الثانية : فى صحة تلك المعاملة مطلقا وعدم صحتها كذلك او يفصّل كما تقدم .

اما المسئلة الاولى ، فالظاهر من صدر عبارة العلامة انّه لو اشترى بما فى ذمّة الغير و اطلق اللفظ يقف على اجازته و اذا ردّ يقع للمباشر ، بل نسب ذلك الى العلماء .

و لكن الظاهر من ذيل كلامه ان الاشتراء انّما هو بما فى ذمّة

نفسه للغير حيث علّل صحة الشراء بقوله لانه تصرف فى ذمته لا فى مال الغير ٠

وبالجملة يظهر منه التفصيل بين المثالين وان كان ظاهر الصدر من كلامه ينافى ظاهر ذيله ثم نسب ذلك الى ابى حنيفة حتى فى الاعيان الشخصيّة ٠

والتزم شيخنا الاستاد ايضا بذلك وكونه واقعا للعاقد مطلقا ٠

ولكن حكم العلامة الانصارى (ره) بالبطلان وهو الحق وان لم نساعد بذيله ٠

والوجه فى بطلانه واقعا على تقدير الرّد وعدم وقوعه للعاقد انّه قد عرفت فيما تقدم ان مفهوم البيع وحقيقته متقوّم بالمبادلة بين المالين بحيث يدخل كلّ من العوضين مكان العوض الآخر سواء علم المالك اولم يعلم فانّ معرفته غير دخيلة فى حقيقة البيع و صحته هذا فى بيع الاعيان الشخصية ، واما فى بيع الكلّى او شرائه فحيث ان الكلّى بما هو كلّى ليس فيه شائبة المالية من جهة وانّما يكون متصفا بالمالية اذا اضيف الى ذمّة معيّنة لان الذمة الغير المعينة ايضا كلّى ، فاضافة الكلّى الى كلّى آخر لا يوجب التعين و التشخص ٠

اذن فكون الكلّى ثمنا او مثمنا متقوّم باضافة الى شخص معيّن لامن جهة لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمة لاتصاف الكلّى بالمالية ، حتى يكون قابلا للمعاوضة عليه لانّ العوضين فى البيع بمنزلة الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين ٠

وعلى هذا ، فلو قصد الفضولى كون المعاملة لغيره وان لم

يظهر فلا يعقل كونها لنفسه و ان كان ظاهره كذلك ، فان تحقق المعاملة و ظهورها فى صفحة الوجود كان معلّقا على اضافة الكلّى الى ذمة الغير و مع عدم وقوعها للغير لاجل ردّه ، و عدم امضائه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقد ؟ و الا ، فيلزم كون ما يكون مقوّما للبيع و الشراء غير مقوّم لهما فهل هذا الا التناقض الواضح ؟ و بعبارة اخرى اتصاف الكلّى بالمالية وكونها طرفا للمبادلة انّما هو بالاضافة الى الذمّة ولو فى عالم القصد ، فاذا ازاله صاحب الذمة عن ذمته، فتنعزل عن المالية ، فهذه الازالة لايعقل ان يوجب اتصاف الكلّى ايضا بمالية اخرى ليكون قابلا للمعاوضة عليه ، لان ازالة اضافة عن ذمة ليس اضافة اخرى لذمة شخص آخر فاذن كيف يمكن القول بانّه اذا ردّ الغير الذى كانت المعاملة له تقع ذلك للعاقد؟ فهل كان ردّه سببا لاضافة الكلّى الى العاقد او اتصف الكلى بالمالية بغير اضافة ؟ فكلاهما غيره معقول .

و من هنا انقدح ما فى كلام العلامة الانصارى حيث افادفى وجه البطلان بما حاصله انّ المال فى باب الفضولى مردد بين مالكه الاصلى و من وقع له العقد ، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكه و تردّده بين ان يدخل فى ملك الفضولى او ملك من وقع له العقد.

و وجه انحلال : انّه بعد انحصار البيع او الشراء بمن وقع له العقد ، فلا معنى لتردد المال بينه و بين الفضولى ، بل هو دائر بين ان يبقى فى ملك مالكه الاصلى و ان يدخل فى ملك من له العقد على تقدير اجازته العقد .

هذا كلّه فى مقام الثبوت و اما فى مقام الاثبات فظاهر الكلام

كون العقد للمباشر الا ان يثبت ببينة و نحوها كونه للغير .

ثم انّ شيخنا الاستاد قد تصدّى الى تصحيح العقد فى كلا المثالين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه او العكس .

وحاصل كلامه : انّه اذا اشترى مالا لنفسه بمال الغير او اشترى مالا للغير بمال نفسه ، فان اجاز الغير فيكون له و الا فيكون للمباشر وحمل على ذلك كلام العلامة و فسره بصورة الشراء فى ذمّة نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا و ان كان يساعده ذيل كلامه

والوجه فى ذلك : انّ الفضولى اذا اشترى مالا للغير بمال نفسه فى الذمة فقد انشأ بيعين : الاول اشتراءه لنفسه من الغير، والثانى بيعه لمن له العقد بلا مرابحة و وضيعة كما هو كذلك فى بيع التولية ، فيكون ذلك من مصاديقه ، فكون البيع للفضولى ليس خارجا عن القاعدة مع ردّ من له العقد فانّ ردّه يوجب انحلال البيع الثانى دون الاول .

وعلى ما ذكره شيخنا الاستاذ لا يرد اشكال المصنف ايضا فانه على تقدير صحته انّما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائراً بين كونه للفضولى او من له العقد و امّا بناء على ما ذكره الاستاذ فهنا بيعان احدهما للمباشر، والثانى لمن له العقد فبطلان الثانى للرد لا يوجب بطلان الاول .

ولكنه ليس بتمام ، لانه اوّلا لا يتم فى البيع فانّ بيع التولية مختص بالشراء من الغير، فلا يجرى فى البيع .

و ثانيا انّه على هذا يكون الاجازة اللاحقة قبولا للايجاب الذى تحقق فى ضمن الشراء من الغير، فمع الغض عن اخلال الفصل

البعيد بين الايجاب و القبول ، وعن الاشكالات الاخر، ان هذا مع الاجازة يكون عقدا مركبا من الايجاب والقبول الحاصلين من الاصيلين فلا يكونان مربوطين بالعقد الفضولى الذى هو محط كلامنا مع انّه ليس الامر كذلك لانّه لو مات الفضولى ، ثم اجاز المالك بيعه او شرائه فلا شبهة فى صحته و امّا لو مات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلا بلا شبهة فيعلم من ذلك انّه ليس هنا عقدان و بيعان بل عقد واحد على انّه خلاف الظاهر من كلام الفضولى .

و اوضح من ذلك فى البطلان البيع للغير فانّه لا يجرى فيه ما ذكره الاستاذ من ارجاعه الى بيعين وعقدين كما ذكرنا .

و بالجملة ما ذكره شيخنا الاستاذ لا يمكن المساعدة عليه بوجه و لا ينطبق على بيع الفضولى ، وعلى خلاف الظاهر بمكان .

و امّا تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابة ، فايضا لاوجه له لانّه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير ردّ الغير يكون الضّمان عليه طولا ، فانّه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلا منزلة الغير فى ايجاب العقد فكانّه شخص تنزيلى للغير وحينئذ ، فيكون العقد مع الرد فاسدا من اصله لكونه راجعا اليه فلا يكون واقعا عن العاقد النائب كما هو الظاهر فان النائب ليس له موضوعيّة بل هو قنطرة الى المنوب عنه فالمناط فى الصحة و البطلان امضائه و ردّه .

و اما المسئلة الثانية اعنى صحة المعاملة فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا او قصدا بان يقصد الغير و اضاف الى نفسه ، فحكم شيخنا الاستاذ بكونه للعاقد ايضا و قد افاد فى وجه ذلك وجوها .

الاول : ان الامور البنائية و الاغراض المنويّة لا اثر لهـا بما لم تنشأ بما هو آلة لانشائها من الفعل او القول ·

الثانى : انّ الالتزامات العقديّة يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعلهما كما فى غير النكاح او بالجعل الشرعى فحينئذ يثبت له الخيار·

الثالث : عدم اعتبار تعيين المالك فى البيع و انّه ليس دخيلا فى حقيقة البيع فينتج من تلك الامور انّ العقد مع ردّ من له العقد يقع للعاقد ، فيكون هو ملزما بذلك و مالكا على التزام الآخر كما انّ الآخر يملك التزامه ·

ثم قال : و اما وقوعها له لو اجاز او اقرّ بالوكالة فلان العقد و ان لم يؤثر فى صرف الالتزامات الى الغير الا انّه لا ينفك عن اثره التكوينى ، فيجعل المعاملة كالمادة الهيولاينة القابلة لصرفها الى الغير باجازته او اقراره ، فيكون القصد كجعل التولية للغير و يكون الاجازة او الاقرار بمنزلة قبول التولية فالقول بانّ المعاملة تقع لنفس المباشر واقعاً اذا ردّ من قصد له منطبق على القواعد و قياسها على ما اذا اسندها الى الغير لفظاً مع الفارق ·

و فيه اما ما افاده فى وجه كونه للغير نظير ان يجعل للغير تولية فى العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم و اما ما افاده فى وقوعه للغير من المقدمات ففيه : اما عدم لزوم تعيين المالك ، فانّما هو فى الاعيان الشخصيّة و امّا فى بيع الكلّى ، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام المالية التى بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادلة ·

و اما المقدمة الثانية ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

وان كان فى محلّه الا انّه فيما يكون العقد واقعا لهما ، واما فيما يكون الشخص خارجا عن حدود العقد كيف يمكن ملك كلّ منهما التزام الآخر ؟ فالعاقد الفضولى نسبته الى العقد ليس الا كنسبة الاجانب اليه فلا وجه لملكه بالتزام الآخر .

وبعبارة اخرى : ان كان المقصود من ذلك عدم كون العقد خياريا ، فهو متين ، وان كان المقصود كون العاقد مالكا لالتزام الآخر سواء كان اصيلا او فضوليّا فهو غير مسلّم .

واما المقدمة الثالثة :

ان القصد بلا اظهاره بمظهر وان كان ليس له اثر الا انّه فيما يكون الاظهار والابراز من المقوّمات بحيث لا يتحقق العنوان الذى يترتب عليه الاثر الا بالاظهار كعنوان البيع والهبة والصلح و الاجازة وغيرها من العناوين العقودية والايقاعية ، واما فيما لا يكون اظهاره دخيلا فى التأثير ، فاظهاره وعدمه سيان ، فذكر العوضين كذكر المالكين ليس من مقوّمات العقد ومن هنا لو كان جميع ذلك من الخارج معلوما واكتفى العاقد بمجرد بعت واشتريت لكان كافيا على انّه قد اظهر ذلك بقوله اشتريت هذا بخمسة دراهم فى ذمّة فلان .

وبالجملة لم يتحصّل لنا شئ مما افاده بل لابد فى صورة الجمع بين المتنافيين من الحكم بالالغأ وقيد كونه للغير والحكم بكونه للعاقد لانّه من قبيل الخطاء والاشتباه نظير شراء مال الغير لنفسه بثمن هو مال شخص آخر بتخيل انّه ماله او بتخيل رضايته بذلك كما اذا وعد شخص على آخر عشرة امنان من الحنطة وتخيّل

الموعود له ملكيته بمجرد ذلك ، فباعه من شخص فانّ فى امثال ذلك يقع البيع للعاقد فافهم . (جريان الفضولى فى المعاطات) .

و قد عرفت انّ بيع الفضولى حسب دلالة الادلة عليه لااشكال فيه ، و انّما الكلام فى انّه هل يجرى فى المعاطات مطلقا او لا يجرى فيها مطلقا او فرق بين القول بالاباحة فلا يجرى و القول بالملك فيجرى او فرق بين كون الفضولى على خلاف القاعدة فلا يجرى مطلقا و بين كونه على وفقها فيجرى مطلقا ؟ وجوه .

قوله (ره) الثانى : الظاهر انّه لافرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاتى .

اقول ذكر العلامة الانصارى انّه على القول بصحة البيع الفضولى لايفرّق فيه بين البيع اللفظى و البيع المعاطاتى لاطلاق الادلّة و عمومها ، وعن بعضهم اختصاصه بالبيع اللفظى بدعوى انّ الاقباض الذى يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرّفا فى مال الغير بدون اذنه فلا يترتب عليه اثر .

و فيــــــه :

اوّلا : انّ الاقباض و التصرّف يمكن ان يكون مباحا كما اذا اشتبه المقبض و تخيل انّ المال لنفسه و اقبضه للمشترى بالبيع المعاطاتى فانّ هذا التصرّف ليس بمحرّم و هكذا فى جميع موارد السهو و النسيان فالجامع بين الجميع هو الخطاء ، و الوجه فى ذلك انه قد حققنا فى محله ان التكاليف الالتزامية ترتفع فى موارد الخطاء حتى فى الواقع و نفس الامر بمقتضى ادلة الرفع و اذن عدم رضاية المالك بالتصرّف لايدل على حرمة الاقباض .

و ثانیا : یمکن ان یکون المالك ایضا راضیا بالتصرّف کما اذا اذن للفضولی قبل البیع ان یتصرّف فی ماله و یقبضه لشخص خاص او یعطی الفضولی مال المالك لوکیله او ولیّه او من یقوم مقامه ـ بعنوان البیع ، فانّ الاقباض شئ من ذلك لیس بمحرّم و انّما یقصد الفضولی فی ضمن ذلك الاعطاء المباح البیع المعاطاتی و هکذا الامر لو اعطی احد وکلائه ماله لوکیله الاخر بعنوان البیع من غیر ان یکونا وکیلین فی البیع و الشراء ٠

و ثالثا : یمکن ان یکون المالك ایضا راضیا بالبیع و لکن لم یظهر رضایته بمظهر اذن ، فلا یکون البیع الا واقعا برضایة المالك و قد تقدم انّ الرضا المقارن لا یخرج العقد الفضولی عن الفضولیة مالم یظهره المالك فی الظاهر بمظهر قولی او فعلی ٠

و رابعا : علی تقدیر کون الاقباض و الاعطاء تصرّفا فی مال الغیر و حراما و لکنه حرام تکلیفی یعاقب المتصرف فیه لاجله فلا یدل ذلك علی الحرمة الوضعیة الذی هو محط کلامنا ٠

و خامسا : علی تقدیر التسلیم انّ الحرمة التکلیفیة تدل علی الفساد فلا نسلّم ایضا بطلان ذلك العقد لما مرّان فساد العقد من الفضولی وعدم انتسابه الیه بحیث یکون العقد عقده لا یستلزم فساده عن المالك وعمن له العقد بل ینتسب الی المالك اذا اجازه ٠

و بالجملة انّ هذا الاشکال لو هنه لا یصلح لمنع جریان الفضولی فی المعاطات ٠

قوله (و ربّما یستدل علی ذلك) ٠

اقول : الوجه الثانی الذی استدل به علی عدم جریان

الفضولية فى المعاطات انّ المعاطات منوطة بالتراضى وقصد الاباحة او التمليك و هما من وظائف المالك و شئونه و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثانى انّ المكره و الفضولى قاصدان اللفظ دون المعنى و ان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك ·

و فيه : انّ هذا الاشكال لو تمّ انّما يعمّ جميع اقسام الفضولى و لا يختص بالمعاطات و بعبارة اخرى انّه اشكال لاصل الفضولى ·

امّا الحلّ انّ الرضاية من المالك تحصل باجازته المتأخرة فلا يكون البيع خاليا عن التراضى و هكذا قصد التمليك و الاباحة و بعبارة اخرى ان الفضولى ليس له الا ايجاد المعاملة و انشائها و بقيّة الجهات التى لا بدّ من صدورها ممن نسب العقد اليه ، انّما تصدر من المالك ، فلا ربط لها بالفضولى ، و اما كلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته و تماميته ·

قوله ﴿ الا ان يقال انّ مقتضى الدليل ﴾ ·

اقول الوجه الثالث ان العقد الفضولى انّما ثبت جوازه على خلاف القاعدة فيختص بالعقد القولى و قد اجاب عند المصنف بانه طبق القواعد للعمومات الدالة على صحته ·

و هذا الجواب منه و ان كان متينا الا ان ظاهراً انّه لو لم يكن الفضولى على طبق القواعد لما كان جاريا فى المعاطات و لكن الامر ليس كذلك بل مع هذا يجرى فى العقد الفعلى كجريانه فى العقد القولى بمقتضى اطلاق صحيحة محمد بن قيس و قضيّة عروة البارقى و غير ذلك بناء على تماميتها فانّها غير مختصة بالعقد القولى بل اطلاقها محكم بالنسبة الى المعاطات ايضا ·

الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الاستاذ و اختاره ·

وحاصله : انّ فعل الفضولى ليس قابلا للايجاب فى باب المعاطات سواء قلنا بافادتها الاباحة او بافادتها الملك الجائز او اللازم ·

اما على القول بكونها مفيدة للاباحة ، فمن جهة ان مجرد قصد اباحة التصرف بالاعطاء و ان كان بلا مئونة للفضولى الا انّ الاباحة التى تكون موثرة فى باب المعاطات هى الاباحة الحاصلة من تسليط غيره ، فيكون تسليط غيره لغوا محضا ·

و امّا اجازة المالك ، فهو و ان كان تفيد الاباحة الا انّه بنفسها تكون موثرة فى الاباحة من غير ربط بفعل الفضولى ، و اما بناء على الملك فلان الفعل الواقع من الفضولى لا يتصرف الا بعنوان الاعطاء و التبديل ، و امّا افادة الملكيّة التى عبارة عن تبديل طرفى الاضافة فلا ، بل هى متوقفة اما على ايجاد المادة بالهيئة و امّا على فعل المالك فحينئذ يكون ذلك مصداقا للبيع ·

و فيه انّ انحصار افادة الملكيّة فى البيع اما بايجاد المادة او بفعل المكلّف و ان كان له وجه على المذاهب المعروفة فى الانشاء ولو كان مع ذلك قابلا للمناقشة ، الا انّه لا وجه له بناء على ما ذكرنا من انّ الانشاء ليس الا اعتبار النفسانى و اظهاره بمبرز فى الخارج ، لانّ الفضولى ايضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونة و خفيف الاعتبار و يبرزه فى الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا او قولا ، فانه على كل حال يكون مصداقا للبيع و قد تقدم ذلك منه فى المعاطات مع جوابه ·

نعم بناء على افادتها الاباحة يتوجه الاشكال من جهة ان افادة المعاملات المقصود بها المالك للاباحة على خلاف القاعدة و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدات عديدة على القول بالاباحة وان اجاب عنها الشيخ الانصارى بانّها ليست بمبعدات اذا اقتضاه الجمع بين الادلة ، وقد عرفت ذلك مفصلا واذن فلابدّ من الاقتصار على صورة تعاطي المالكين فى المعاطات ·

على انّه لايعقل حصول الاباحة قبل الاجازة بفعل الفضوليين

والذى ينبغى ان يقال : ان الكشف الحقيقى و ان كان يمكن جريانه فى المعاطات الفضولية بناء على افادتها الاباحة ـ لامكان الالتزام بالاباحة قبل الاجازة وكون الاجازة كاشفة عنها الا انّ الكشف الحقيقى فى الفضولى مع امكانه فى مقام الثبوت لادليل عليه فى مقام الاثبات و يكون الامر دائرا بين النقل و الكشف الحكمى امّا الثانى فهو مستحيل لانّ التصرف فى مال الغير قبل الاجازة بعقد فضولى حرام ، فانّه لايجوز التصرف فى مال الغير الا باذنه و بعد الاجازة تحصل الاباحة من حينها و لا يمكن الحكم باباحة التصريفات التى قبل الاجازة بالاباحة الحكمية فانّ الشئ لاينقلب عمّاهو عليه وعن وقوعه فالتصرّف الذى كان محرّما لايعقل ان يحكم عليه بالاباحة و هذا واضح جدا ·

واما على النقل فجريان الفضولى فى المعاطات بناء على ـ افادتها الاباحة ايضا بمكان من الامكان فانّ حصول الاباحة بعد الاجازة لانرى فيه محظورا اصلا ·

واذن يتوقف حصول الملكيّة على التصرّفات المتوقفة على الملك

فتحصل بها الملكيّة آناً ما قبل التصرّف ·

هذا كلّه فيما اذا قصدت الملكيّة وحصلت الاباحة الشرعية بحكم الشارع كما تقدم تفصيل ذلك فى باب المعاطات ·

واما لو قصد الفضوليّان الاباحة من الاول فلا شبهة فى عدم جريان ذلك فى المعاطات فانّه لامعنى لحصول الاباحة قبل الاجازة لتكون الاجازة كاشفة عنها بل هى تحصل بنفس الاجازة ولا يعقل ان ما وقع قبل الاجازة من التصرفات المحرّمة ان تكون مباحة بالاجازة كما تقدم ·

(الاجازة والرد فى المعاملة الفضولية)

قوله (ره) اما الكلام فى الاجازة ·

اقول : اساس القول بالكشف فى العقد الفضولى هو فرض الاجازة المتاخرة متصلة بالعقد والغاء الفصل الواقع بين العقد و الاجازة كما انّ اساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالاجازة بقاء وان حصل بينهما الفصل حدوثا فكانه وقع فى زمان الاجازة ·

اذا عرفت ذلك ، فالمشهور بين الفقهاء رضوان اللّه عليهم: انّ الاجازة كاشفة عن تماميّة السبب وهو العقد وانّما الكلام فى طريق الكشف الحقيقى وكيفيته وهو على انحاء ·

الاول : ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى انّ الملكيّة انّما حصلت حين العقد واثّر العقد فيها من دون ان يكون تأثير العقد مراعى الى زمان الاجازة وهذا يتصور على وجوه :

الاول : ان يقال : انّ الموثر التام فى المعاملة الفضولية

ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى اوفوا بالعقود و انّما الاجازة معرفة لكون ذلك العقد تمام التأثير وكاشفة عنه من غير ان تكون لها مدخليّة فى حصول مقتضى العقد من الملكيّة و الزوجية و نحوهما، و الا يلزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شئ اخر و هذا الوجه هو الذى اشار اليه المحقق و الشهيد الثانيان - على ما حكى المصنف فى المتن - و هذا المعنى بحسب مقام الثبوت و الامكان و ان كان متصوراً و ممكنا لامكان تأثير العقدمن جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شئ ولوكان ذلك الشئ رضا المالك كبيع مال المحكترفى المخمصة فانّه ايضا لا يكون راضيا مع انه صحيح ، الا انّه لادليل عليه بحسب مقام الاثبات ، كيف ؟ و قد اعتبر الشارع المقدس دخالة الرضا فى تأثير العقد و سمّى ذلك بالتجارة عن تراض و من الواضح جدا انّ العقد الفضولى قبل الامضاء و الاجازة ليس معاملة و تجارة عن تراض ·

و بالجملة : مضافا الى عدم الدليل فى مقام الاثبات بصحة مثل هذا العقد ، فالدليل على عدم صحته موجود آية التجارة و بيع مال المحتكر و ان كان صحيحا من دون رضاه و طيب نفسه ، و لكنه لدليل خاص و وجوب الوفاء بالعقد انّما فيما يكون صادرا عمن لهالعقد او باذنه و الا يلزم الوفاء بكلّ ما يكون فى صورة العقد ·

و الثانى مقابل القول الاول ، و هو ان تكون الاجازة من جملة شرائط العقد كالايجاب و القبول بحيث يكون موءثرا فيحصول مقتضاه

و هذا المعنى اى تأثير الامر المتأخر فى الامر المتقدم يتصوّر على نحوين فانّ ما يكون دخيلا فى الامر المتقدم و شرطا فى تحققه تارة

يكون من اجزائه و اخرى من شرائطه ·

****

اما الاول : فكالمركبات الاعتبارية كالصلوة مثلاً بان يكون الجزء المتأخر دخيلا فى صحة الجزء المتقدم بحيث انّ المتقدم تحقق صحيحا و تام العيار وكان المؤثر فى ذلك هو الجزء المتاخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقة فى الصلوة دخيلة فى صحتها و اما الثانى فككون الامر المتأخر من شرائط الامر المتقدم لا من اجزائه و مقوماته و هذا كدخالة اغسال المستحاضة فى صحّة صومها ، فانّ صحّة صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر - كما هو الحق - و صحة الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر و صحة صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض و ان كان نادرا بخلاف الاولين فان فى جميع ذلك قد اثر الامر المتأخر فى صحة المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول فى كلا القسمين ، فانّه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرّق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا بعد مدة و ليس هذا الا التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التماميّة و الصحة عدم دخالة شئ فيه من الامور المتقدمة و المتأخرة و معنى دخالته عدم تماميّة المشروط و تحققه على وجهه بتمامه وكماله و هل هذا الا التناقض الواضح ؟ و من هنا قال بعض الاكابر : انّ الالتزام بدخالة الامر المتأخر فى الامر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحالة التناقض فى الشرعيّات

و اما الامثلة المذكورة ، فشئ منها لا يكون دليلا على صحة ما

توهم و سيأتى الوجه فى صحتها وعدم ارتباطها لهذا الوجه .

الثالث : ان يكون المؤثر فى الامر المتقدم هو وصف التعقب من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متاخرا و يكون الامر المتاخر كاشفا عن تحقق الامر المتقدم صحيحا و تماما و لايكون له تأثير فى الامر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظير الامثلة المتقدمة من الصلوة واغسال المستحاضة فى صحة الصوم ، فانّ الدخيل فى صحة الصلوة وصف تعقب كلّ جزء السابق بالجزء اللاحق و فى صحة الصوم تعقب كلّ جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضة و يكون ما نحن فيه ايضا كذلك فتكون تعقب العقد بالاجازة دخيلا فى صحة العقد .

و هذا المعنى و ان كان له وجه وجيه فى دخالة الاجزاء اللاحقة فى الاجزاء السابقة فى الصلوة كما حقق ذلك فى محله ، و لكنه لادليل على جريانه فى المقام ، فانه لادليل على دخالة الرضا المتأخر فى صحة العقد المتقدم بعنوان التعقب ، فانّ مقتضى عدم جواز التصرف فى مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكمفالعقد الواقع فضولا ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلايمكن القول بحصول الملكيّة قبل الامضاء و الاجازة و الا لجاز التصرف فيه و اذن فيكون ذلك تصرفا فى مال الغير بدون الرضا فيكون حراما .

على انّ مقتضى قوله تعالى(الا ان تكون تجارة عن تراض) ، عدم حصول الملكية و التجارة الا بالتراضى و الرضا ، فلا شبهة انّ العقد الفضولى حين وقوعه و تحققه ليس واقعا عن تراض و رضاية حتى يحصل الملكيّة بذلك .

و بالجملة : ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحيلة ثبوتا و

اثباتا ، و بين ما يكون ممكنا ثبوتا و غير محقق اثباتا ۰

ثم انّ هنا وجها رابعا نقله شيخنا الاستاذ عن المحقق الرشتى من « انّ الاجازة كاشفة عن الرضا التقديرى بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد و الرّضا المعتبر فى العقد هو الاعم من الحقيقى الفعلى و التقديرى »۰

و فيه : انّ هذا من عجائب الكلام ، فانّه مضافا الى ما تقدم من انّ الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجا للعقد الفضولى عن الفضولية فكيف بالرضا التقديرى ؟ و من هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضاية المالك على البيع او الشراء ، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضوليّا فانّه ربّما لا يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسدة عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الاجازة ، فيكون العقد عنده ذا مصلحة فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الاجازه كاشفة عن الرضا التقديرى ؟ على انّه لا دليل على كون الاجازة كاشفة عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض و رجم بالغيب كما هو واضح على المتامل ۰

فتحصل : انّ الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكيّة مثلا موجودة قبل الاجازة و تكون الاجازة مؤثرة فيه اما بنحو الشرطية او بنحو التعقب او لا تكون مؤثرة فيها بل معرّفة محضة لاوجه له بوجه ۰

الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى ايضا ما اشار اليه المحقق و الشهيد الثانيان ـ على ما حكى عنهما ـ من انّ الاجازة متعلقة بالعقل فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه ومحصل ذلك انّ الرضا من الاوصاف التعلقية و الصفات النفسانية ذات الاضافه

و لها تحقق و تكوّن فى صقع النفس و لها بحسب نفسها فى ذلك العالم ماهيّة و وجود و توجد بخالقية النفس و مع ذلك لا بدّ و ان تضاف الى شئ و يتعلق به حتى يكون ذلك الشئ متعلقة نظير العلم و نحوه من سائر الصفات النفسيّة ذات اضافة والا فيلزم تحققها بدون متعلقها و هو خلف و مناقضه اذن فاصل الملكيّة التى متعلق الرضا قد تحققت و وجدت بواسطة العقد و الرضا انّما تعلق حين - الاجازة و الامضاء من المالك بتلك الملكيّة الموجودة فى زمان العقد و الا فيلزم ان لايكون للاجازة و الرضا متعلق مع انا فرضنا كونه من الاوصاف التعلقيّة ٠

و قد اورد عليه العلامة الانصارى و تبعه جملة من الاعلام و منهم شيخنا الاستاذ بوجهين :

الاول : ان المنشأ عبارة عن مضمون العقد من الملكية فى باب البيع و الزوجية فى باب النكاح و هكذا و هو غير مقيد بزمان لتكون الملكيّة الحاصلة بالعقد مقيدة بزمان العقد و حاصلة من حينه بل مضمونه عبارة عن طبيعى النقل ، فبالاجازة تقع الملكية فى زمان النقل ، نعم حيث انّ المنشاء و الانشاء من الامور الزمانية فيكون التقيد بذلك بالعرض و القهر و ما نحن فيه ليس كالايجاب فى العقود فانّه ليس الا ايجاب اصل الايجاد دون الايجاد المقيّد بزمانه و الا يلزم حصول الملكيّة مثلا قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الايقاعات بل هى كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول و هذا يكشف عن عدم تقيّد مضمون العقد بزمان الايجاب ٠

و بالجملة انّ مضمون العقد ليس مقيّدا بزمان وانّما الزمان ظرف

له لكون ذلك المضمون من الزّمانيّات فيكون الملكيّة بعد الاجازة۰

وفيه : انّه لوكان الانشاء بمعنى ايجاد المعنى باللفظ لكان لذلك الاشكال وجه ، بدعوى انّ المنشئ انّما ينشئ مضمون العقد و يوجده على نحو اللا بشرطيّة من غير تقيّيده بقيد من الزمان و غيره واما بناء على ما حققناه واخترناه فى معنى الانشاء من انّه عبارة عن الاعتبار النفسانية واظهاره بمبرز من المبرزات فعليّا او قوليّا فلا وجه لذلك الاشكال بوجه ۰

وذلك لما حققناه فى الاصول من ان الاهمال فى الواقعيّات من المستحيلات الاوليّة ، وانّ الامور الواقعية لا يعقل ان تكون عارية عن الاطلاق او التقييد بل لا بدّ امّا و ان تكون فى موطنها اما مطلقا او مقيدة ، فالذى يوجد امرا و يعلم بما يوجد لا يعقل ان لا يعلم بكونه مطلقا او مقيّدا ، اذن ، فالمعتبر لمضمون العقد فى عالم نفسه امّا ان يعتبره مطلقة وغير مقيدة بقيد و شرط او مقيدة بهما ، فحيث لم يكن مقيّدا فقهرا يكون مطلقا من غير ان يكون مقيّدا بحصوله بعد الاجازة بل من حين العقد فبالعقد تحصل الملكيّة المطلقة الدائمية كماهو واضح فتكون الاجازة متعلقة بتلك الملكيّة المستمرة فيكون اعتبار الملكيّة من الاول ۰

واما النقض بالقبول ، فهو باطل من اصله ، وغير مربوط بالمقام فانّ مضمون العقد ما لم يتحقق القبول لا يحصل بالانشاء والايجاب المحض وانّما هو بالقبول والا فلا يتحقق عنوان العقد الذى قوامه بالايجاب والقبول ، ومن هنا قلنا : انّ الايجاب انّما يتحقق على تقدير القبول والتعليق مما لا بدّ منه وان لم يصرّح به و قلنا فى

احكام الصيغة انّ مثل هذا التعليق لا يضرّ بصحة العقدلكونه راجعا الى ما يتوقف صحة العقد عليه و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ العقد قد تم بالايجاب و القبول الفضوليين و انّما يتوقف نفوذه و مضيّة على اجازة المالك ، فلا يقاس ذلك بالايجاب المحض .

و الذى يوضح ذلك انّه لو آجر الفضولى دار احد للغيرالى سنة فاجازة المالك بعد شهرين فلا شبهة فى صحة ذلك مع انّ متعلق الاجارة مقيّد و هكذا العقد المنقطع ، فيعلم من ذلك انّ المنشأ فى العقد الفضولى ليس مهملا فيكون المقام على عكس باب الوصية ، فانّه تحصل الملكيّة بعد الموت مع انّ الانشاء متقدم عليه فلوكان المنشأ مطلقا لكان لازمه الالتزام بحصولها قبل الموت ، وعلى هذا فلا محذور فى المقام للالتزام بحصول الملكيّة قبل الاجازة فان باب الوصيّة مع ما نحن فيه من هذه الجهة مشتركة .

الاشكال الثانى : انّه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه و لكن لا بمعنى انّ وقوعه فى الحين جزء لمدلوله حتى يقال ليس معنى بعت ، اوجدت البيع فى الحال بل بمعنى انّ وقوع الانشاء فى الحال يقتضى تحقق منشأه حالا و تحقق مضمون العقد بالفعل و لكنه مع ذلك لا يقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه ، و ذلك لانّه لم يدل دليل على امضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكيّة حاصلة قبل الاجازة لانّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم انّ المالك لا يصير عاقد او بمنزلته الا بعد الاجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها ، و من المعلوم انّ الملك الشرعى يتبع

الحکم الشرعی فما دام لا یجب الوفاء ، فلا ملك کما انّه ما لم یتحقق القبول لا یتحقق مضمون العقد بالایجاب المجرّد ۰

و بعبارة اخری لو سلمنا حصول الملکیّة من زمان العقدوتحقق النقل به الا انّ الملکیّة الشرعیة لاتحصل الا بالاجازة فیکون النقل المالکی الشرعی من زمان الاجازة اذن ، فلا معنی للکشف لحصول الملکیّة بتمام المعنی من حین الاجازة ۰

وفیه : انّ الاجازة تکشف عن تحقق الاعتبار حین العقدوان الشارع یمضی بالاجازة ایضا من الاول کما هو مقتضی الاطلاقات و العمومات من (اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البیع) وغیرهما من غیر ان یکون بعنوان الکشف الحقیقی او الحکمی فانّ النقل انّما حصل بالعقد مطلقا کما عرفت فی الجواب الاول لا مهملا کما قد یکون حاصلا مقیدا ایضا کما فی الاجازة و النکاح المنقطع و لیس ذلك کشفا حقیقیا کما تقدم فانّه لا یعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه و لاکشفا حکمیّا ـ کما التزم به المصنف ـ من الحکم بحصول النقل حکما و تنزیلا فانّه و ان کان صحیحا الا انّه فیما لم یکن طریق صحیح للحکم بحصول الملکیّة و النقل الصحیح قبل الاجازة غایة الامر یکون حصولها بالاجازة وامّا مع وجوده کما سنذکره فلا ملزم للاخذ بما ذهب الیه المصنف ۰

و توضیح ذلك انّه ذکرنا فی الاصول انّ الامور الاعتباریه لا وعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء کان المعتبر من الامور الخارجیّة او لم یکن کذلك مثلا لو اعتبر احد ملکیّة داره لشخص ، فیکون وجوده فی عالم الاعتبار فقط و هکذا لو اعتبر زیدا موجودا فیکون ذلك موجودا فی عالم الاعتبار و قائما به ولو کان ذلك المعتبر من الامور الخارجیّة فان الوجود

الاعتبارى سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجية لان الموجود الخارجى ليس واردا بعالم الاعتبار فانّ الوجود الذهنى غير الوجود الخارجى كما حقق فى محله ٠

و بالجملة فوعاء الوجودات الاعتبارية ليس الا عالم الاعتبار فتوجد بمجرّد الاعتبار لكونها خفيف المئونة من غير احتياج الى مبادى الوجود الخارجية ٠

اذا عرفت ذلك :

فنقول : انّ الاعتبار تارة يتعلق بالامر الحالى فيعتبر المعتبر ملكيّة داره مثلا لشخص فى الحال الحاضر كما اذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب و تأخر لانّ الاعتبار و المعتبر كلاهما فعلىّ ، و اخرى يتعلق بامر استقبالى كاعتبار الملكيّة لشخص بعد مدة كما فى باب الوصية حيث يعتبر الموصى ملكيّة الموصى به للموصى له بعد موته و وفاته فالاعتبار حالى و المعتبر استقبالى، و ثالثة يتعلق بالامر الماضى بان يعتبر ملكيّة ماله لزيد من الامس فلو لم تكن الارتكازات العرفية على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع ايضا وكان المال ملك المشترى من الامس فانّه ليس فى ذلك محذور عقلى او شرعى بوجه ٠

فاذا جاز تعلّق الاعتبار بكل من الامور الثلثة الحاليّة والاستقبالية و الماضية فلا محذور للالتزام بتعلق اعتبار الملكيّة فى باب الفضولى بامر متقدم فيكون الاجازة اعتبارا للملكيّة من زمان العقد التى قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الاجازة من قبل تعلّق الاعتبار بالامر المتقدم و من جهة تحقق العقد من الفضوليين فاصل اعتبار الملكيّة فعلىّ و لكن المعتبر تحقق بعد الاجازة و لا يضر التعليق على

صحته ۰

و بعبارة اخرى فحيث جاز تعلّق الاعتبار بامر متقدم فى عالم الاعتبار كبيع الدار من امس مثلا فجاز اعتبار الملكيّة لاحد قبل سنين، و لكن حيث قام الارتكاز على خلافه فى البيع و الشراء فلانقول بذلك فيهما و اما فى الاجازة ، فلا محذور فيه بوجه و فى باب الفضولى حصل الاعتبار من البايع و المشترى و تحقق البيع بالحمل الشايع فى الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على اجازة المالك فالمبيع او الثمن ملك لمالكهما و بالاجازة كشفنا حصول الملكيّة لكل من البايع و المشترى من حين الاعتبار و العقد بحيث كان كلّ منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان ، و فى هذا الزمان صار ملكا للآخر بالاجازة من اوّل الامر حقيقة فانّ بالاجازة انضم العقد السابق الذى انوجد بالفضوليين بالمالك ، فصار البيع بيعه و الشراء شرائه اذن فيشمل على ذلك البيع العمومات الدالة على صحة البيع من اوفوا بالعقود و احل اللّه البيع و تجارة عن تراض ۰

و بالجملة بعد القول بتحقق الاعتبار قبل الاجازة فمقتضى - العمومات نحكم بالصحة و كونه بيعا صحيحا للمالك لانضمامه اليه بالاجازة لا ان الاجازة كشف عن انّ الملكيّة كانت حاصلة من الاول بل الاجازة اوجبت حصول الملكيّة فعلا اذن فيترتب عليه اثار الملكيّة من الاول و على هذا فلا تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكمى حيث انّه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ماتقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى انشاء الوجوب فعلى و الواجب متأخر بخلافه هنا فانّ الموجود فى

المقام ليس الا الاعتبار و امّا الملكيّة فتحصل بعد الاجازة فيكون نظير التعليق غاية الامر انه باطل فى العقود لامن جهة الاجازة ٠

و قد اشكل على ذلك شيخنا الاستاد بانّه لايعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد و ان كان زمان الحكم متعددا فانّه لا يعقل ان يكون المال الواحد فى زمان واحد ملكا لشخصين وان كان زمان الحكم بملكيّة احدهما مغائر الزمان الحكم بملكيّة الآخر و ليس ذلك الا مناقضة واضحة و قد ذكر ذلك ايضا فى الخروج عن الارض المغصوبه من انّه لا يعقل الحكم بوجوب الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضة ولوكان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك فى حق غير العالم بالغيب ممّن يجرى فى حقه البداء واما فى حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه ٠

و فيه : انّ هذا متين فى الاحكام التكليفيّة لكونه لغواً محضا دون الاحكام الوضعية فانّ قوامها باعتبار المعتبر فهو خفيف المئونة فلا مانع من اعتبار ملكيّة المبيع مثلا لمالكه الاصلى الى زمان الاجازة و باعتبار ملكيّته للمشترى من زمان العقد ايضا بالاجازة و الرضا فانّه ايضا اعتبار الملكيّة من المالك للبايع او المشترى و لامانع من ذلك بوجه و ان كان نفس ذلك موضوعا للاحكام التكليفية ايض فانه لا باس به و انما المحذور فى نفس الاحكام التكليفية من اللغوية و المناقضة لكونها ناشئة عن المصالح و المفاسد فى متعلقها على المعروف اوعن المصالح فى الاغراض فلا يمكن ان يكون هنا فى شئ واحد مصلحة و مفسدة يستند عيان الحكم المتناقضين اوغرضين كذلك كما هو واضح لا يخفى ٠

و بعبارة اخرى ان الامورات الوجودية على اقسام ثلثة :

الاول : ما يكون من قبيل الجواهر التى لاتحتاج فى وجودها الى موضوع .

و الثانى : ما يكون من قبيل الاعراض التى اذا وجدت تحتاج فى ذلك الى الموضوع فهذين القسمين وجودات تاصلية فجميع احكام الوجود التاصلى و اثارها يترتب عليهما فلايمكن مع تحققهما و تاصلهما فى الخارج طرّوا العدم عليها بالاعتبار و الا يلزم اجتماع النقيضين .

الثالث : الوجودات الاعتبارية فقوامها و تحققها فى وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شئ من اثار الوجودات الخارجية و كما وجودها بالاعتبار و هكذا عدمها وكما يمكن فرضها و اعتبارها فى وقت خاص على نحو خاص و هكذا يمكن اعتبارها فى زمان آخر فى ذلك الوقت الخاص الذى اعتبر فيه على نحو خاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شئ من اجتماع النقيضين او الضدين و هذا بخلاف الوجودات المتاصلة فانّه بعد تحققها و تكوّنها فى الخارج على طبق ما عليه ماهيتها و بخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم او باعتبارها على نحو آخر و الا يلزم اجتماع النقيضين او الضدين او المثلين .

و السر فى ذلك انّ الامورات التاصلية لا تختلف بالاعتبار وهذا بخلاف الاعتباريات فانّ قوامها وجودا و عدما ليس الا بالاعتبار غاية الامران يكون الاعتبار فيه مصلحة لئلا يلزم اللغوية .

اذا عرفت ذلك .

فنقول : ان الملكيّة ليست من الوجودات المتاصلة جوهراً كان او عرضا بل هى من الامور الاعتبارية اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

فلا يلزم شئ من المحذورات غير اللغوية اذا لم يكن الاعتبار عن مصلحة وعلى هذا ففى باب الفضولى انّ الفضوليين اذا عاملامعاملة فاعتبرا مالكية كلّ من العوضين الذين لغيرهما لمالكه الاخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيّته فى العرف و الشرع بالفعل مع مالكهما الاصلية لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضاية مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجارة عن تراض و يكون تأثير ذلك العقد معلقا على اجازة المالك و لا يضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الاجماع القائم على بطلان التعليق فى باب العقود على مثل ذلك فانّه من شرائط صحة العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الاول على حاله فيلغو العقد الذى اوقعه الفضوليّان وان اجاز المالك ذلك فيكون حين الاجازة و الامضاء معتبرا لملكية ماله لشخص آخر من الاول وحين العقد على النحو الذى اعتبره الفضوليّان بحيث لم يكن ذلك الغير الى الان مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها و بالفعل صار ذلك ملكا المشترى ان كان اصيلا او من له الشرى ان كان فضوليّا مالكا من الاول فلامانع فى ذلك انكان فيه مصلحة فكانت المصلحة تقتضى الى الان صحة اعتبار الملكية للمالك الاصلى و من الآن للمشترى مثلا من الاول فان الاعتبار بعد ما كان خفيفة المؤنة ولم يكن لغوا صحّ تعلّقه على متعلق واحد على نحوين متنافين فى زمانين و بعد ذلك الامضاء يتوجه ادلّة صحة البيع من الاول فانّ موضوع تلك الادلة كانت متحققة الّا من جهة انتفاء الاجازة و عدم تحققها و بعد التحقق يتم الموضوع فتكون ادلة الصحة محكمة .

و من هنا يندفع ما ذكره شيخنا الاستاذ من عدم امكان اجتماع

حكمين متنافيين فى متعلق واحد و ان كان الزمان متعددا بل ـ المناط فى صحة الاجتماع هو تعدد المتعلق و ذكر ذلك ايضا فى الخروج عن الارض المغصوبة ·

و وجه الاندفاع انّه فى باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئة من المصالح و المفاسد عن المتعلق او الغرض بخلافه هنا فان قوام الاحكام الوضعية ليس الا باعتبار المعتبر فلامحذور فى توجه اعتبارين على متعلق واحد كما لا يخفى ، و بهذا تم الكشف الذى نقول به فى باب الفضولى و هذا المعنى اوضح فى باب الاجازة و النكاح المنقطع فانّه اذا اجاز المالك او الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الاجازة الواقعة على الدار مثلا سنة او النكاح الى سنة صحيحا من الاول فانّه بناء على صحة الفضولى لم يستشكل احد فى صحة ذلك مع انّه لم يتحقق هنا بالاجازة عقد اجارة او عقد نكاح ·

و ربّما يشكل على ما ذكرنا بانّه انّما يتمّ ذلك فى القضايا الخارجية سواء كانت صادرة من الموالى العرفية او من المولى الحقيقى و امّا فى القضايا الحقيقية التى على نسقها الاحكام الشرعية ، فانّ جميع المجعولات الشرعية او جلّها على نحو القضايا الحقيقية فلا يتم هذا البيان و ذلك فانّ كلامنا فى حصول الملكية و اعتبارها ليس الا فى الملكية الشرعية فانّه هو الذى كان محل النزاع فى المقام من انّه حاصلة ام لا و الا فالملكية فى اعتبار المتعاقدين الفضوليين قد حصلت قطعا ·

و اذن فان كان المراد من اعتبار الملكية الشرعية اعتباره من حين العقد فقد حصل من الاول قطعا و ذلك لانّه بعد فرض كون

الاعتبارات الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية ، فهى حاصلة قبل وجود المتعاقدين بل قبل خلق هذه الامة او الخلق فان علمه عندالله فلا يتوقف ذلك الا على تحقق الموضوع كما فى سائر القضايا الحقيقية الشرعية وغيرها مثلا وجوب الحج مجعول من الاول لكلّ من يكون مستطيعا فالمكلّف انّما يكون موضوعا لذلك الحكم بالاستطاعة لا انّه يجعل الحكم له بالفعل وكذلك جعل الحكم بنجاسة البول بالقضيّة الحقيقية ، فاذا وجد البول فيحكم بنجاسته ولا يترتب ذلك الحكم على غيره كالعرف وان كان فيه اجزاء البول ايضا وهكذافى المقام فاذا فرضنا كون موضوع الملكية الشرعيةّ هو العقد فقط من ايّ شخص تحقق مع رضايةّ المالك وان كان ذلك متاخرا فيكون مثل الواجب المشروط فتكون الملكية حاصلة حين العقد متوقفا على الاجازة المتاخرةّ ، وان كان المراد من حصولها اى الملكية بعدالاجازةّفانّ بالاجازةّ يتم موضوع الملكية فتكون حاصلة من حين الاجازةّ دون قبلها فعلى الاول يكون كشفا وعلى الثانى يكون نقلا فلا واسطةّ فى البين ليكون وجها آخر .

وفيه اولا انه لادليل لنا لاثبات الملكية الشرعية حتى يشكل بمثل ما مرّ بل ما للشارع هو الحكم على الموضوع الخارج من التقديرية الى الفعلية فعند المعاملة وتحققها فى نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف ولاشبهة انّ العرف يرى البيع الفضولى معاملة صحيحة فبالامضاء والرضا من المجيز المالك يتحقق الملكية من اول الامر نعم فى بعض الموارد يحكم الشارع على الملكية وان لم يفهم العرف ذلك كما فى باب الارث فان الوارث يرث لما تركه مورثه .

و بالجملة لاحكم للشارع فی باب المعاملات تاسيسيّا بحيث ـ يعتبر الملكيّة عند البيع للبايع او المشترى كاعتبار المتعاملين ذلك بل الشارع انّما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملان على حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكيّة و محصلا لها موضوعا لحكمه بالملكيّة ايضا الا فی مقام التخطأة كبيع المنابذة والملامسه و الحصاة و بيع الربوى ، فحيث انّ العرف لايرى بأسا فی امضاء المجيز و اعتباره الملكية من زمان العقد فيكون الشارع ايضا حاكما على طبق ذلك و يتوجه عموما صحة البيع و اطلاقاته عليه لكونها ناظرة على ما يرونه العرف معاملة ، فلا شبهة فی كون بيع الفضولی مع تلك الاجازة معاملة و تجارة عن تراض عند العرف ۰

و بالجملة لامحذور فی ما ذكرنا اثباتا و ثبوتا ۰

و ثانيا سلّمنا انّ الشارع قد حكم بالملكيّة و له حكم فی ذلك و لكنه حكم بمالكيّة المجيز الثمن اذا كان بايعا و المثمن اذا كان مشتريا من زمان الاجازة على النحو الذی ذكرنا فانّه بعد البناء على صحة الفضولی و اثبات عدم تمامية الكشف الحقيقی بغير الذی ذكرنا من المعرضية المحضة و تأثير الامر المتأخر فی الامر المتقدم او عنوان التعقب اما لعدم معقوليتها او لعدم تمامية دليل الاثبات الذی هی نتيجة القول بالكشف الحكمی فلابدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم ـ بالكشف الحكمی على ما ذكره المصنف حتی يمكن لنا التفصی عن العجز من توجيه ما ظهوره فی الكشف صونا له من اللغوية مع انّه ايضا تمام كما سنتعرض له بخلاف ما ذكر فانّه تمام ثبوتا و الدليل موجود عليه اثباتا ۰

بل ادلة صحة البيع الفضولى ظاهرة فى الكشف كرواية قيس وغيرها و يأتى بيان ذلك فى بيان ثمرة القول بالكشف او النقل فى ضمن ردّ كلام شيخنا الاستاذ بناء على تماميّتها خصوصا الروايات الواردة فى التزويج من انّه اذا مات احد الزوجين الذى عقد عليهما فضولة سواء كانا ذلك الزوجين صغيرين اوكبيرين فمات احدهما فيستحلف احدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الاخر ثم يرث فان ذلك صريح فى صحة النكاح الفضولى على الكشف غاية الامر انّها مطلقة بالنسبة الى اقسام الكشف ولكن حيث عرفت انّ المعرضية المحضة وعدم دخالة الاجازة فى صحة العقد باطل لصراحة الآية فى اشتراط صحة التجارة بالرضاية من المالك و الالتزام بتاثير الاجازة المتاخرة فى الملكيّة المتقدمة مستحيل و الالتزام بالتعقب لاوجه له ولا دليل عليه فالكشف الحكمى فى نفسه غير معقول كما سيأتى فيتعين ما ذكرنا فيكون هو المراد من الرواية مع ان اصالة عدم الاجازة جارية هنا فاىّ شئ اوجب الخروج من هذا الاصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى فى حال الموت كما هو واضح ٠

ثم بقى هنا شئ و هو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الواردة فى النكاح الفضولى فى الكشف الحقيقى ، فانّه لو لم يكن كذلك لم يكن معنى لعزل النصيب من الاول و انتظار الاجازة الى ان يستحلف بانّه لو لم يمت الزوج الاخر ايضا لكان راضيا بالعقد ـ فعزل النصيب قبل الاجازة ظاهر فى الكشف الحقيقى الذى فرضتم ذلك غير معقول ٠

وفيه : انّ عزل النصيب لا يدل على ذلك بل هو للاحتياط

فی باب الاموال فیکون ذلك مانعا عن جریان الاصل کما اشار الیه فی المتن و له نظیر فی باب الارث من غیر ان یکون مختصا بهذا المورد کما اذا مات احد وکانت زوجیة حاملة ، فانّه عزل هنا نصیب الذکرین احتیاطا فی الاموال مع انّه لیس هذا النصیب مملوکا الا احتمالا لعدم الیقین بانّ الزوجة تلد ذکرین .

و بالجملة الاحتیاط الشدید فی باب الاموال لئلا یفوت حق احد علی غیر الوجه الشرعی و اهمیّة الشارع بذلك ، اوجب عزل النصیب فیما ذکر و هذا لا یوجب اثبات الکشف الحقیقی فافهم .

و الحاصل انّك قد عرفت انّ الکشف الحقیقی علی اقسامها غیر ما ذکرنا اما مستحیل اولا دلیل علی صحته فی مقام الاثبات .

ثم انّ فخر المحققین حکم بالکشف الحقیقی بدعوی انّ العقد حال الاجازة معدوم ، فلو قلنا بالنقل للزم تأثیر امر المعدوم اعنی العقد فی الامر الموجود اعنی الملکیّة و قد طبق ذلك بالفلسفة کما هو دابه فی بعض الفروع الفقهیة .

و فیه : اولا انّ ما نحن فیه لیس من قبیل العلة و المعلول التامین بل من قبیل جزء السبب ، فیجوز فی ذلك تأثیر الامر المعدوم فی الموجود فی التکوینیات فانّ الاسباب و المعددات للشئ توجد تدریجا و تنعدم فیترتب علیه المسبب بعد ذلك کالقتل فانّ اسبابه توجد و یترتب علیه الموت بعد مدة و هکذا غیره فاذا کان فی التکوینیات کذلك فکیف لك انکاره فی التشریعیات ؟ نعم فی العلیة و المعلولیة التامتین لا یمکن الانفکاك کاالتحریك بالنسبة الی تحرّك المفتاح فانّ الفصل لا یعقل الا بتخلل الفاء فی اللفظ فقط علی انّه یرد علیه

النقض بالايجاب و القبول فان الايجاب قد يتحقق و ينعدم الى زمان القبول و بالوصية فانّها تنعدم عند الموت مع انّه لم يستشكل احدفى تاثيرهما فى الملكيّة بل لازم ذلك انكار شرطية القبض لصحة بيـع الصرف و السلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور ٠

و الحل فى الكل انّ العقد لاينعدم بل يبقى اعتبار المتعاقدين الى الابد ما لم يطرئه مزيل فانّه ليس عبارة عن اللفظ المجرّد ـ لينعدم بمجرّد الحدوث بل هو الاعتبار النفسانى مع المظهر فيبقى ذلك عندهما وعند العرف ٠

و اما الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف و قلنا اذا لم يتم ما ذكرناه من الكشف الحقيقى على النحو الذى سلكناه فلابد من الالتزام بما ذكره المصنف من الكشف الحكمى فمعناه كما فى المتن اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع الا بعدالاجازة بحيث يحكم باثبات آثار الكشف من اول الامر وحين العقد و لازم ذلك اثبات اثار الملكيّة من حين العقد و قدنقل المصنف هذا الوجه من استاده شريف العلماء ٠

اقول : ان تنزيل شئ مقام شئ آخر يكون على انحاء ٠

الاول : ان ينزّل الامر الواقعى التكوينى مقام امر واقعى تكوينى آخر كتنزيل الفقاع منزلة الخمر و تنزيل الطواف منزلة الصلوة و نحوهما الخ فيوجب التنزيل ترتيب اثار الصلوة على الطواف و آثار الخمر على الفقاع فلا يلزم المحذور فانّه لايلزم منه تشريع الحكم ٠

الثانى : ان يكون التنزيل فى بعض الاثار مع كون المنزّل و المنزل عليه كليهما امرا تعبديّا كتنزيل من يراد زوجيته فى جواز

النظر الیها ، فان کل منهما امر تعبدی مع کون التنزیل فی بعض الاثار ۰

الثالث : ان یکون المنزّل علیه امرا تعبدیّا مع کون التنزیل فی جمیع الاثار نظیر المقام حیث انّ اصل الملکیة بعد اجازة المالك امر تعبدی ، فقد یحکم الشارع باجراء اثار الملکیة علیه بعد العقد و کون جمیع اثار الکشف مترتبا علیه فهذا لغو محض حیث انّ الحکم علی هذا النحو و التنزیل کذلك لیس الا الحکم بالملکیة الحقیقیة و جعل الملکیّة فلا معنی لتسمیته باسم التنزیل و هذا نظیر تنزیل ـ امساك الاعتکاف منزلة الصوم فی جمیع الاثار مع عدم تسمیته صوما و هکذا فافهم و تامّل ۰

(فی ثمرة النقل و الکشف)

قوله ﴿ بقی الکلام فی بیان ثمرة بین الکشف الخ ۰

اقول : و قد ذکر المصنف فی ضمن اسطر ما لم نفهم معناه و لا ندری ماذا فهمنا منه سابقا فانّه ذکر اولا ـ علی ما هو ظاهر کلامه ـ : انّه علی القول بالکشف الحقیقی علی نحو التعقب لو علم المشتری باجازة مالك المبیع العقد یجوز له التصرف فی المبیع لحصول شرطه فی الواقع و فی علم اللّه و قد صرّح بذلك قبل نصف صحیفة ناقلا فی البعض و قال : ﴿ و التزام کون الشرط تعقب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة فرارا عن لزوم تاخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة لو علم تحققها فیها بعدا ﴾ ۰

و فیه : انّه بناء علی القول بالکشف الحقیقی لا معنی للفرق

بين الالتزام بالتعقب او تاثير الاجازة المتأخرة في المتقدم اوالعرفية المحضة فانّه على جميع التقادير تحصل الملكيّة من الاول كما هو معنى الكشف الحقيقي ، و بعد حصولها فلا وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقا كما هو واضح لايخفى ثم ذكر و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي مع كون نفس الاجازة شرطا فيظهر في مثل ما اذا وطى المشترى الجارية قبل اجازة مالكها فاجاز فانّ الوطى على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا لاصالة عدم الاجازة و حلال واقعا لكشف الاجازة عن وقوعه في ملكه ولوا ولدها صارت ام ولد على الكشف الحقيقي و الحكمي لانّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى في الملك انتهى .

و هذا الذي لا ندرى ماذا اراد منه المصنف فانّه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل اسطر على القول بالكشف الحقيقي الا في صورة التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلال واقعا فهل هذا الا التناقض ؟ ولعل والله العالم انّ هذا من سهو القلم .

و التحقيق ان يقال : انّه بناء على الكشف الحقيقي على جميع اقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف في المبيع و الثمن اذا علم انّ المجيز يجيز العقد لتحقق شرطه واقعا فلا يجرى هنا اصالة عدم الاجازة فيحكم بالجواز ظاهرا و واقعا و مع توليد الامة فتكون ام ولد و مع عدم العلم بالاجازة فيحرم التصرف في الظاهر ويجوز في الواقع و يكون حلالا على تقدير ان يجيز المالك و الا فيحرم في الظاهر و الواقع و اما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقي فلا يجوز التصرف في

الظاهر و الواقع حتی مع العلم بالاجازة فان الفرض انّ الملکیة تحصل بالاجازة فلا معنی لجواز التصرف قبله فی مال الغیر بل یکون حراما و مع وطی الامة فیکون زنا فیحدّ و لا تکون الامة ام ولد ولو مع تحقق الاجازة فانّها لا یوجب انقلاب و اوقع حراما من واقعه و الشئ لا ینقلب عمّا هو علیه .

و اما علی الکشف الحکمی فایضا لا یحکم بترتب اثار الملکیّة الا بعد الاجازة فانّ ما وقع من التصرفات قبل الاجازة فانما هی تصرفات غیر مشروعة فلا ینقلب عمّا هو علیه بعد الاجازة حتی یحکم بترتب آثار الملکیّة علیه قبل الاجازة ایضا .

و الحاصل انّ الکلام فی بیان ثمرة القول بالکشف او النقل یقع فی جهات .

الاولی فی بیان الاحکام الخارجیة الشرعیة المترتبة علی تصرفات المشتری او الاجنبی قبل الاجازة .

الثانیة فی حکم تصرّفات المالك المجیز فی العین التی بیعت فضولة .

الثالثة فی تصرفاته فی نماء تلك العین .

الرابعة فی تصرفات ما انتقلت العین الیه .

اما الجهة الاولی : فاذا تصرّف المشتری او الاجنبی فی تلك العین فهل یترتب احکام الملکیّة علی تصرّف المشتری واحکام العقد علی تصرّف الاجنبی ام لا او یفرق بین الکشف الحقیقی فیحکم بالترتب و بین الکشف الحکمی فیحکم بعدم الترتب ؟ مثلا اذا اشتری امة فضولة فاستولدها اوزنی الاجنبی بها فهل تصیر الامة علی الاول

امّ ولد و زنى الاجنبى زنا بذلت البعل فيترتب على ذلك احكامهما ام لا ؟ فامّا على النقل فلا شبهة فى كون الزنا زنا بذات بعل و عدم كونها ام ولد بل كان وطى المشترى ايضا حراما تكليفا فانّ الاجازة الحاصلة بعد الوطى الواقع عن حرام لا توجب انقلاب الحكم عن واقعه و جعل ما وقع حراما حلالا و الشئ لا ينقلب عمّا هو عليه و الاستيلاد المترتب على الوطى الحرام لا يكون موجبا لصيرورة الامة المستولدة ام ولد كما لا شبهة فى انّه على الكشف الحقيقى على انحائه غير ما ذكرنا تكون الامة بالاستيلاد عن وطى المشترى قبل الاجازة امّ ولد و ان كان الواطى جاهلا بوقوع الاجازة عن المالك المجيز فانّ التصرف انّما وقع فى ملكه ، فيكون نظير ما وقع الوطى على الامة بزعم انّها اجنبيّة فبانت مملوكة فانّه لو ولدت ولدا بهذا الوطى فتصير ذات ولد بذلك وعلى هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات بعل فتحرم عليه موءبدة و هكذا الكلام فيما اذا عقد على امرأة فضولة فزنى بها احد قبل الاجازة ، فانّه يكون ذلك زنا بذات بعل على القول بالكشف فيترتب عليه احكامه و هذا بخلافه على النقل واما على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هى نتيجة الكشف الحكمى وعلى الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف فاختار بناء على الكشف الحكمى صيرورة الامة باستيلاد المشترى قبل الاجازة امّ ولد لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك ومعذلك حكم بحرمة الوطى تكليفا وعلى هذا ، فيكون وطى الغير لها زنا بذات بعل لا زنا المجرد فتحرم عليه مؤبدة ٠

ثم احتمل تحقق الاستيلاد على الحكمى لعدم تحقق حدوث

الولد فی الملک و ان حکم بملکیته للمشتری بعد ذلک و انکر ذلک شیخنا الاستاذ علیه ، فحکم بتحقق الاستیلاد بذلک ٠

و الذی ینبغی ان یقال : انّه علی الکشف الحقیقی بالمعنی الذی نقول عدم تحقق الاستیلاد بوطی المشتری قبل الاجازة کما انّ الواطی کان محرّما کما علیه المصنف ایضا ، فلایتحقق بذلک الاستیلاد ایضا و ان زنا الغیر بها زنا بغیر ذات بعل ٠

و توضیح ذلک انّه و ان کان بحسب الثبوت و الواقع ممکنا و لیس من المستحیلات العقلیة و لکن لا دلیل علی تحقق الاستیلاد بوطی المشتری او کون زنا الغیر بها زنا بذات بعل فی مقام الاثبات فانّ ظاهر ادلّتها ان یکون المرئة حال الوطی مملوکة للواطی لتصیر بذلک امّ ولد و حال الوطی زنا بذات بعل یترتب علیه احکام الزنا بذات بعل و الامر هنا لیس کذلک ، بل انّما هی مملوکة للغیر حقیقة بالفعل کما هو المفروض ، فیکون الزنا بغیر ذات بعل والاستیلاد عن وطی واقع علی غیر مملوکة و ان کانت تصیر مملوکة بعد الاجازة حقیقة من زمان العقد علی ما ذکرنا او فی حکم المملوکة علی الکشف الحکمی ، و السرّ فی ذلک انّ الاستیلاد لم یحدث فی الملک فانّ الوطی کان وقوعه و حدوثه فی ملک الغیر و ان کانت الامة ملکا للمشتر بقاء و لعل هذا مراد المصنف من التعبیر بعدم حدوث الولد فی الملک فهل یتوهم احد انّه لو زنا رجل بامرئة خلّیة ثم صارت ذات بعل فیکون ذلک زنا بذات بعل او یکون الولد المتولد منها ولده او تصیر المراة امّ ولد لوکانت مملوکة فزنا بها احد ثم اشتراها فلا یختلط الحرام بالحلال ٠

وقد نزّل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذى يبيعه الانسان عن جزم ثم اشترى الحديقة فانّ حكم كلّ منهما غير مربوط بالاخر كما لا يخفى ، و مقامنا نظير ما ذكرنا فى كتاب الصلوة فى معنى الزيادة فى الفريضة و قلنا انّ ظاهر الادلة الدالة على ان الزيادة فى الفريضة توجب البطلان هو ان تكون الزيادة واقعة بعنوان الزيادة حين الاتيان بها و يتصف بذلك الوصف حين وقوعها وتحققها و يكون ذلك فى ذلك الوقت وصفا عنوانيّا زايداً لها لا ما يكون متصفا بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه ادلة المبطلية مثلا اذا اراد المصلى ان يقول اياك فبداله. وقال ايا فسكت ثم قال اياك فانّ ايّا و ان وقعت زيادة الا انّه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك و هكذا فانّ ادلة الزيادة فى الفريضة منصرفة عن ذلك وكك فيما نحن فيه فانّ الوطى الواقع على الامة قبل الاجازة انّما هو متّصف بكونه على غير ملكه و انّما صار بعد الاجازة متصفا بكونه فى ملكه او ذات بعل فادلّة صيرورة الامة مستفادة بملك المالك اوكون الزنا بها زنى بذات بعل لا تشمل ذلك لظهورها فى فعليّة الاتصاف وكونهما كك حال الوطى لا بعده .

و اما الجهة الثانية فهى فى حكم تصرفات مالك المجيز فى نفس العين فلو باع احد مال غيره فضولة و تصرف فيه المالك قبل الاجازة و العلم بذلك او مع العلم فهل يكون تصرّفه هذا ردآ فعليا او لم يكن ردّا او يفصّل بين الكشف الحقيقى فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته و بين الكشف الحكمى فيحكم بنفوذ تصرفاته ؟ و قد قرّب شيخنا الاستاذ نفوذ تصرّفات المالك المجيز فى العين مطلقا حتى على الكشف ـ

الحقيقى باقسامه ولوكانت الاجازة بعنوان المعرضية حتى مع العلم بصدور الاجازة منه و مع ذلك لايبقى مجال لاجازة العقد الفضولى مثلا لو باع العين التى بيعت فضولة او اعتق العبد اوغير ذلك من التصرفات او زوّجت الامرأة نفسها للغير اصالة فانّ فى جميع ذلك لايبقى موضوع للاجازة فانّها انّما ترد على المحل القابل و بعد تزويج الزوجة نفسها من الغير اصالة او نقل المالك العين عن ملكه لايبقى مجال لها فانّ ما هو متعلق الاجازة و موضوعها قد زالت و انعدمت فانّ هذه الاجازة ليست الا كاجازة الاجنبى فهل يتوهم احد انّ اجازة الاجنبى العقد الفضولى الذى صدر من الغير يكون امضاء من قبل المالك ؟ فكك هنا فانّ المالك بعد نقل العين عن ملكه و ازالة علقة سلطنته صاركالاجانب فلا تكون اجازته مؤثرة فى ذلك و لا يقاس ذلك بالفسخ لانّه متعلق بالعقد و اما الاجازة فهى متعلقة بالعين فاذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ ·

ثم نسب ذلك الى المصنف بناء على كون النسخة لو باع امّ الولد كما اختاركونها كذلك و اما بناء على سقوط امّ وكون النسخة لو باع الولد فلا يمكن نسبة ذلك الى الشيخ فانّ بيع الولد لاينافى مع امضاء عقد الفضولى الواقع على الام ·

و فيه : انّ ما افاده انّما يتم فى الزوجة فانّه بعد ما زوّجت المراة نفسها لغير الذى زوجها الفضولى اياه ، فلا شبهة فى بطلان العقد الاول وكون العقد الثانى ردا عمليا للعقد الاول و السّر فى ذلك انه بعد تزويج المراة نفسها من الزوج الآخر لايبقى موضوع لاجازة العقد الاول و لايكون هنا مجيز حتى يجيز العقد الفضولى

لانتفاء ركن العقد وقوامه و انعدام ما ينسب اليه العقد و ينضم به بحيث يكون العقد عقده و يكون منسوبا اليه .

و بعبارة اخرى : قد حققنا فى الاصول فى وجه تقدم الامارات على الاصول انّ موضوع الاصول معلّق على عدم وجود الامارات فاذا تحققت الامارات و صارت منجزّة لا يبقى مع ذلك موضوع للاصول و هكذا الامر فى كل امرين يكون الحكم فى احدهما تنجزيا و فى الاخر تعليقيا ، فانّ موضوع التعليقى يرتفع بوجود التنجيزى و فى المقام كذلك فانّ موضوع صحة العقد الاول الفضولى معلّق على بقاء المجيز بحيث يكون مع قطع النظرعن الاجازة مالكا للعقد و المعاملة و يقدر على الاجازة فاذا ارتفع ذلك الموضوع بوجود المعلّق عليه الذى يتوقف على عدمه صحة العقد الاول فلا يبقى مجال لصحته بالاجازة فحيث انّ صحة العقد الاول متوقفة على بقاء المجيزعلى حالتهالاولية وكونه مالكا للاجازة وقد انعدم فى المقام فيحكم ببطلان العقد الاول بلا شبهة .

و بعبارة ثالثة : انّ العقد الفضولى انّما يحكم بصحته مقتضى العمومات او الادلة الخاصة اذا انتسب ذلك العقد اى المالك ـ ليحكم عليه بانّه يجب عليك الوفاء به و اما اذا انعدم ، فلا تشمل الاطلاقات و العمومات ذلك العقد ، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص ان يفى بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفى بذلك بل هذا و نظائره خطاب لمالك العقد و لمن يكون العقد عقده فاذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد وغيره من الادلة الخاصة او العامة بل هذا

الذی ذکرنا هو من جملة المرتکذات الشرعیة حیث انّ من البدیهیّات فی عالم الشریعة انّه لو زوج احد امراة فضولة و لم تکن المراة عالمة بذلک فتزوج نفسها بزوج آخر وعرض العقد الاول الیه بعد سنین بحیث صارت کثیرة الاولاد و اجاز العقد الاول ، فهل یتوهم احد انّ جمیع هذه الاولاد و الاستمتاعات وقعت شبهة ؟ و لیس کذلک قطعا هذا ما یرجع الی الزوجیة ۰

و اما فی غیر الزوجیة فلا یتم ما ذکره شیخنا الاستاذ و ذلک لان تصرّف المالک فی المبیع من عتق الامة او العبد او بیعهما للغیر او غیر ذلک من التصرفات لا ینا فی العقد الاول و لا یوجب انعدام موضوع ذلک العقد لبقاء المجیز علی قابلیّة ان یجیز العقد الاول ومالکا لذلک قبل الاجازة فان قوام العقد الفضولی و بقائه لم یکن ببقاء العین و ان کان حین الحدوث من مقوّمات العقد ۰

و السّر فی ذلک انّ الاجازة و الرّد کالامضاء و الفسخ فی باب الخیارات یتعلقان بنفس العقد دون العین الخارجیة کما ذهب الیه شیخنا الاستاذ و جعله وجه الفرق بین الاجازة و الفسخ ۰

غایة الامر انّ الفسخ رفع و الرّد دفع و الاجازة تنجیز و الامضاء وعدم الفسخ یثبت و الا فجمیع ذلک متعلق بالعقد و هو مرکز لجمیع ذلک فیظهر ثمرة ذلک فیما بعد وعلی هذا فانتقال العین من ملک المالک المجیز الی غیره لا یوجب ارتفاع موضوع الاجازة و انتفاء قابلیة المجیز بل هو باق علی قابلیته الاولیّة اذن ، فمقتضی الجمع بین جواز تصرفاته و نفوذه فی العین و بین وجوب الوفاء بالعقد بعد الاجازة و الامضاء ممن له ذلک هو الحکم بانتقال المبیع الی البدل ۰

و بعبارة اخرى : انّ ما ذكره الاستاذ يرجع الى ابداع المانع وانّ المانع من تاثير العقد الفضولى هو عدم تاثير اجازة المالك لسقوطها عن التاثير بمانعيّة انتقال العين من المالك الى غيره وهذا بخلاف ما ذكرنا فانّه يرجع الى منع المقتضى فانّه لامقتضى لحصول الملكيّة قبل الاجازة حتى يتوهم ذلك النزاع و البحث لانحصار حصول الملكيّة على القول بالكشف بالمعانى التى ذكروها و قد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الادلة على ذلك و ما يكون مقتضيا للصحة اعنى ادلة الصحة منعدم فى المقام .

و بعبارة اخرى نحن نقول : بصحة الفضولى على طريقة الكشف من باب عدم العلاج و الفرار عن صحة ادلة الفضولى فحيث انّ المتيقن منها صورة عدم التصرف فلا تبقى ادلة صحة الفضولى شاملة للمقام و هذا مرادنا من منع المقتضى .

و لكن الظاهر مع ذلك عدم صحة العقد الفضولى بعد تلك التصرفات و ان لم تكن موجبة لانتفاء قابليّة المجيز عن مجيزيته وذلك لانّ صحة مَا ذكرنا متوقفة على القول بالكشف الحقيقى على غير ما ذكرنا و قد قلنا انّ جميعه بين ما يكون مستحيلا و بينما يكون خلاف ظواهر الادلة لانّ ادلة صحة العقد الفضولى لاتساعد على كون الملكيّة مثلا حاصلة من الاول فتكون الاجازة المتاخرة دخيلة فى ذلك بعنوان التعقب او معرّفا صرفا فانّ اخذ الاجازة و الرضا من شرائط صحة العقد ليس الا ظاهرا فى كونه شرطا مقارنا لحصول التجارة و الملكيّة و الزّوجية و نحوها كما لايخفى و مع ذلك لا يمكن صرف ادلة صحة الفضولى الى مثل هذا النحو من خلاف الظاهر

هنا ما وعدناك فى بيان طرق الكشف ·

و بعبارة اخرى انّ ادلة صحة العقد الفضولى و ان قلنا انها ظاهرة فى الكشف الا انّها تدل على صحةالعقد الذى يكون متعارفا وعلى وفق مذاق العرف و الشرع و الذى يفهم العرف من لسان الادلة الشرعية هو ما يكون العقد مقارنا برضا المالك ومثل ذلك العقد يكون موءثرا فى النقل و الملكيّة و الزوجية و حيث ان العقد الفضولى حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تاثيره مراعى على حصوله فيكون موءثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنا و ان كان موءثراً فى الملكيّة من زمان العقد ·

وعلى هذا ، فيكون ما هو محط البحث و مورد الثمرة بين ما ذكرنا و ما ذكره شيخنا الاستاذ فى الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هو نتيجة الكشف الحكمى ·

بيان ذلك انّه على الكشف الحقيقى بما ذكرنا والكشف الحكمى فيكون الامضاء المتاخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقة على ما ذكرنا او حكما على الكشف الحكمى و هذا بحسب القواعد فان القاعدة تقتضى بعد تحقق الاجازة و شمول ادلة الصحة عليه لكونه عقد بالحمل الشايع بعد الانتساب اليه، حصول النقل من حين العقد فانّ دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الاجازة و هو يصير عقداً للمجيز و منتسبا اليه و هذا بخلاف ما تقدم فانّ فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهة انّه لم يكن لادلتها اطلاق لتشمل مثل هذه الموارد ايضا و لم يكن المقتضى تماما و لكن على ما ذكرنا فالمقتضى تمام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فانّ القاعدة تقتضى

ان يكون العقد صحيحا بعد الاجازة بمقتضى اوفوا بالعقود كما ذكرنا و يكون منتسبا الى صاحب العقد بالاجازة كانتسابه اليه فى غير موارد الفضولى بدليل الوفاء وهذا بخلافه على ماذكره شيخنا الاستاذ فانه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الامضاء مؤثرا فى النقل بوجه كما هو واضح ٠

(الجهة الثالثة فى حكم التصرف)

الجهة الثالثة فى حكم تصرّف المالك سواء كان مالك الثمن او مالك المثمن فى نماء المبيع ، فنقول : لا اشكال فى جواز تصرّفه فيه على القول بالنقل وضعيا و تكليفا لانّه تصرّف فى ملكه ولا مانع من تصرف المالك فيه و انّما ينتقل العين عنه الى غيره بالاجازة و الفرض انّه قبل الاجازة و يكون بيعه لو باعه المالك من غيره و عتقه لو كان النماء عبدا او امة نافذا و جائزا فلا يرد عنه بعد الاجازة ايضا ٠

و اما على القول بالكشف الحقيقى فربّما يقال انّ تصرّفه فى ـ النّماء ليس الّا تصرفا جائزا فلازم ذلك كونه فى ملكه و لازم كون النّماء فى الملك كون الإصل فى ملكه ، فيدل تصرّفه فى النّماء بالدلالة الالتزاميّة على رد البيع الفضولى فيحكم ببطلانه و قداحتمل المصنف ذلك بناءً على كون النسخة (ولو نقل المالك الولد)على خلاف ماقربه شيخنا الاستاذ حيث قال « مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد » و امّا بناءً على كون النسخة لو نقل المالك امّ الولد فلا ميل اليه فى كلامه٠

وفيه : انّ ردّ العقد الفضولى كاجازته و ان كان يصح بالفعل و القول كليهما الا انّ مجرّد صدور الفعل لايدل على الرّد ما لم يكن بنفسه انشاء الرّد فانّ تحققه يحتاج الى الانشاء كما ان تحقق الاجازة

يحتاج الى الانشاء بحيث يكون الفعل بنفسه مصداقا للرد و هذا لا يمكن الا بالقصد اذن ، فيكون الفعل بحسب نفسه اعم من الرّد لكون صدوره اعم من ان يكون بقصد الرّد اولا فالاعم لا يدل على الاخص بوجه الاحتمال ان يكون من غير قصد او بقصد عدوانى مع علمه بانّه يجيز كتصرف الغاصب و السارق و نحو ذلك ٠

وعلى هذا فلا يكون تصرّف من انتقل عنه المال فى نمائه قبل الاجازة ردا فلابد له من اعطاء بدله على تقدير الاتلاف و مع البقاء و انتقاله الى الغير يكون المقام من صغريات تعاقب الايدى ، فله ان يرجع الى المالك و يرجع المالك الى ما انتقل اليه او الى ما انتقل اليه ابتداء ٠

و اما على الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بمعنى الذى ذكرنا الذى فى حكم الكشف الحكمى فلا شبهة فى كون تصرف المالك فى نماء العين تصرّفا فى ملكه لان الفرض انّه يحكم بملكيّة العين كما انتقل اليه بعد الاجازة فيكون النماء ايضا ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع وحين تصرفه لم تصدر منه الاجازة ليكون التصرف فى ملك الغير و هذا لا شبهة فيه و انّما الكلام فى انّه يحكم بعد الاجازة يكون ذلك النماء ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع حتى فى صورة كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالك ان يخرج من عهدته ام لا بل يملك ما انتقل اليه العين ثمنا كان او مثمنا بالاجازة مع النماءات الموجودة حال الاجازة متصلة كانت او منفصلة ٠

و قد حكم شيخنا الاستاذ بالثانى من جهة انّ الاجازة انّما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين و النماء الى

ما انتقل اليه العين ، و اما اذا كانت العين معدومة فقد تقدم انّه لامجال للاجازة مع ذلك و ان كان النماء معدوما فلا شئ يكون ملكا لما انتقل اليه و التبعيّة انّما يتحقق فى صورة وجود النّماء لافى صورة عدمه .

و بعبارة اخرى : ان العين الى زمان الاجازة ملك لمالكها لجميع شئونها فله ان يتصرّف فيها كيف يشاء و فى زمان الاجازة لو انتفت العين فلا موضوع للاجازة اصلا و ان بقيت العين و نماءاتها ، فتكون بالاجازة منتقلة الى الطرف الاخر لكون النماء تابعا للعين و ان بقيت العين و تلف النماء و انعدم ، فتكون العين وحدها منتقلة الى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الاصل الى الغير ليحكم بضمانه ، فما يكون مانعا عن تحقق الملكيّة بالاجازة فى صورة نقل العين فيكون ذلك مانعا عن ثبوت الملكيّة بالنماءات ايضا فلا توّثر الاجازة فى ثبوت الملكيّة بالنسبة الى النماءات المستوفات .

و فيه : انّ ضعفه ظاهر لان زمان الانتقال و ان كان هو زمان الاجازة و لكن تنتقل العين بالاجازة من زمان العقد فيترتب جميع احكام الملكيّة من ذلك الزمان تنزيلا على الكشف الحكمى و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى و اذن ، فيكون المالك ضامنا بالنماءات لو اتلفها و مع نقلها الى الغير فيكون المقام ايضامن صغريات تعاقب الايدى كما عرفت فى الكشف الحقيقى و هذا واضح جدا .

ثم انّ شيخنا الاستاذ قرّب كون النسخة ولو نقل المالك امّ الولد و لكن الظاهر انّها الولد بدون لفظ الام لانه يصرح بعد اسطر فى ذيل الضابط للكشف الحكمى انّه يحكم بملكيّة المشترى من حين

العقد فانّ ترتب شئ من اثار ملكيّة المالك قبل اجازته كاتلاف النّماء و نقله و لم يناف الاجازة جمعا بينه و بين مقتضى الاجازه بالرجوع الى البدل ٠

****

الجهة الرابعة فى ما يرجع الى تصرّفات ما انتقل اليه المال فضولة ، اما على النقل فلا شبهةّ فى عدم جواز تصرّفه قبل الاجازة وضعا و تكليفا لكونه تصرّفا فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا و شرعا نعم لو باع ذلك ، ثم اجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكلية من باع شياء ثم ملك و سياتى الكلام فيه ٠

و اما على الكشف الحقيقى على انحائه الثلثة فلا شبهة فى جواز تصرّفه فيه تكليفا و نفوذه وضعا لو كانت الاجازة متحققة واقعا غاية الامر مع عدم العلم بتحقق الاجازة يكون متجريا فقط فى الظاهر و الا ففى الواقع لايحرم ذلك بوجه وضعا و تكليفا ٠

و اما على الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بما ذكرنا فلابد من التفصيل بين الحكم التكليفى و الحكم الوضعى و الحكم بحرمة التصرفات قبل الاجازة واقعا و ظاهرا لكونه تصرّفا فى مال الغير حقيقة فهو حرام لانه لايجوز التصرف فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه عقلا و شرعا ٠

و اما الاحكام الوضعية فهى نافذة بعد الاجازة فانه بعدها يكشف كونه واقعا فى ملكه فلو باع قبل الاجازة فيكون صحيحا نافذا ولو اعتقه فيكون صحيحا الى غير ذلك من الاحكام الوضعية على طبق القاعدة فانه بعد تحقق الملكيّة بالاجازة من حين العقد ، فمقتضى

القاعدة ترتب احكام الملكيّة ايضا باجمعها كما هو من المرتكزات العرفية ايضا غيرما تقدم من تحقق الاستيلاد وتحقق الزنا بذات البعل فانه تقدم انّ الظاهرمن دليلهما انّ الاستيلادوالزنابذات البعل انّما يتحققان من المملوك والزوجة الفعليين دون ما يكون مملوكا او زوجة بعد ذلك الوطى ٠

وبعبارة اخرى : انّه يترتب على تصرف ما نقل اليهالمال جميع الاحكام الوضعية امكانا واثباتا غيرما يكون دليله على خلاف ذلك كما فى تحقق امّ الولد والزنا بذات البعل فانّ ترتب الاحكام الوضعية باجمعها بحسب القاعدة كيف فانّه بعد الحكم بحصول الملكية من حين العقد فيترتب احكام الملكيّة ايضا عليه ٠

واما عدم ترتب الحكم التكليفى فمن جهة انّ الشئ لا ينقلب عمّا هوعليه فما كان حراما لا يكون حلالا فالتصرف قبل الاجازة كانت محرمة فلا ينقلب الى الحلّية ٠

قوله « منها النماء فانّه على الكشف » ٠

اقول : وقد تقدم انّ النماء على الكشف الحقيقى لما انتقل اليه العين لكونه حاصلا فى ملكه واما على النتقل فللمالك لكونه ايضا حاصلا فى ملكه وتكراره انما هوطوتئة لبيان كلام شهيد الثانى فى الروضة حيث قال : « انّ النماء على القول بالكشف تابع للعين فنماء الثمن للبايع ونماء المبيع للمشترى واما على النقل فنماء كليهما للمالك المجيز ٠

وقد وجّه كلامه بعض محش الروضة حيث قال : « يمكن ان يراد من المجيز المالك كل واحد واحد من مالك الثمن ومالك المثمن

ای نماء الثمن للمشتری لکونه مالکا له و نماء المثمن للبایع لکونه مالکا له] ۰

و وجهه اخر بتوجیه آخر، بدعوی ارادة جنس المالك فیکون اعم من مالك الثمن و مالك المثمن و علی کلا التوجیهین یرتفع الاضطراب من کلامه ۰

و لکن کلیهما خلاف الظاهر من کلامه فانّ ظاهر المقابلة کون النماء علی النقل للبایع فانه قال : [وعلی النقل فهما للمجیز] ، فظاهره کون کلا النمائین لشخص واحد و وجّه بعض بتوجیه بارد وهو ان کون نماء العین للمالك فعلی طبق القاعدة لکونه حاصلا فی ملکه و اما کون الثمن له فلانّ المشتری بنفسه قد اقدم علی ذلك و سلّط البایع علی ماله الذی مالك العین علی ماله فیکون نمائه ایضاله ۰

و فیه : انّه قد یکون العقد من طرف المشتری ایضا فضولیّا فکیف یصح الحکم بانّه قد اقدم علی تسلیط النایع علی ماله ؟ و قد یکون غیر ملتفت علی کون البایع فضولیّا ولو کان المشتری بنفسه مباشراً للعقد علی انّ ما وجه به کلامه لیس بتمام کبری و صغری اما الوجه فی بطلان الکبری فلان الاقدام لیس من جملة المملکات و لم یعهد من الشرع المقدّس ذلك المعنی الا اذا کان بعنوان الهبة فانها مملکة فی الشرع المقدّس و ان کان یجوز الرجوع الیها ایضا ۰

وکیف کان لا یمکن الالتزام بهذا التوجیة اذن فلابدّ امّا من الالتزام بکونه سهوا من قلمه الشریف لکون العصمة لصاحبها و امّا ان یکون نظره ما تقدم من التوجیهین الاولین و انما کان غرضه من اغلاق العبارة تجربة الافهام واللّه العالم ۰

قوله (و منها انّ فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الآخر) ٠

اقول : اذا كان احد طرفى العقد فضوليّا و الآخر اصيلا فهل يجوز ان يفسخ الاصيل قبل اجازة الاخر مطلقا او لا يجوز كك او يفصّل بين القول بالكشف فيحكم بعدم جواز فسخه و بين القول بالنقل فيحكم بجواز فسخه ؟ ٠

و قد اختار بعضهم جواز فسخ الاصيل العقد قبل اجازة الاخر٠

و قد اختار شيخنا الاستاذ عدم جواز فسخه مطلقا حتى على القول بالنقل و اختار المصنف القول بالتفصيل و حكم بجواز فسخه على القول بالنقل و بعدمه على القول بالكشف ٠

امّا على القول بالكشف فسيأتى الكلام فيه ٠

و اما على القول بالنقل فمن جهة انّه لم يحصل النقل بمجرّد العقد و انّما يكون ذلك موءثرا فى زمان النقل و قبل زمانه ، فيكون العقد بالنسبة الى الاصيل كنسبته الايجاب الى الموجب ، فيكون فسخه كفسخ الموجب ايجابه فكما انّه لا محذور فى فسخ الايجاب قبل القبول و هكذا يجوز فسخ الاصيل العقد قبل تحقق الاجازة ٠

و بعبارة اخر انّما يجب اتمام العقد و لا يجوز حلّه من جهة اوفوا بالعقود و هو انّما يتوجه بعد الاجازة و قبلها ليس هناك شئ بوجه و لا يشمله دليل وجوب الوفاء فيكون الاصيل مختارا فى فسخه و عدمه٠

و اما على القول بعدم الجواز مطلقا فقد اختار شيخنا الاستاذ عدم جواز الفسخ كما عرفت و حاصل كلامه انّ مقتضى قوله تعالى اوفوا بالعقود وجوب الوفاء بالعقد الذى عبارة عن المعاقدة وجوبا تكليفيا و لا شبهة فى تحقق العقد و عدمه بالنسبة الى الاصيل و انّما الموقوف

على الاجازة ليس الا حصول النقل الحقيقى و اما نفس العقد و المعاقدة فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول اوفوا بالعقود عليه فيكون ذلك كبيع الصرف و السلم حيث ان حصول الملكيّة فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل و مع ذلك لايجوز لكل من البايع او المشترى فسخ العقد فانّه بعد التحقق لايجوز الا اذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبة و لايقاس المقام بالايجاب المجرد قبل مجئ القبول، فانّه لم يتم المعاقدة بدون القبول ختى يشمله اوفوا بالعقود وهذا بخلاف المقام كما عرفت ·

و بعبارة اخرى : انّ دليل الوفاء بالعقد تارة يكون ناظرا الى اسم المصدر اى ما يحصل من العقد اعنى الملكيّة او الزوجية او نحوها ·

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدرى اعنى نفس العقد و المعاقدة فعلى الاول فشموله موقوف على حصول النقل وحيث لم يحصل النقل قبل الاجازة ، فلا يشمله دليل الوفاء بالعقد قبل الاجازة الا انّه مما لا يمكن المساعدة عليه لكونه خلاف الظاهر من اوفوا بالعقود ·

وعلى الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاقدة ·

نعم الملكيّة موقوفة على الاجازة و ذلك غير مربوط بالمقام ·

و بالجملة مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم اتمامه و انهائه بعد تحقق العقد و المعاقدة و هذا واضح جدا فافهم ·

و فيه : امّا على الكشف فسياتى الكلام فيه عن قريب ، و امّا على النقل فكلامه هذا مبنىّ على كون الامر بالوفاء على العقد تكليفيا

فانّه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ ولكنّه غير ممكن اذ كـون الامر بالوفاء تكليفيّا او حرمة نقضة كك يقتضى ان يكون متعلقه امرا مقدورا بحيث يكون مختارا فى فسخه و امضائه فان التكليف لا يتعلّق بغير المقدور ولا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال انّه امر ممكن و معنى كونه مختارا فى ذلك ليس الا كون العقد جائزا فيكـون ذلك خلف الفرض مع انّ مقتضى كون العقد جائزا وكون الوجوب تكليـفيّا انّه ينفسخ بالفسخ غاية الامر انّه فعل حراما مع انّه لا ينفسخ قطعا بل عدمه بل الامر هنا ارشاد الى الحكم الوضعى نظير (ارشاد) النهى فى قوله (ع) نهى النّبى عن بيع الغرر ارشادآ الى الفساد و معنى الوفاء به عبارة عن اتمامه و انهائه كما يقال الدرهم الوافى للدرهـم التمام فيكون معنى الوفاء بالعقد انّه لا ينفسخ هذا العقد بالفسـخ و على هذا لا يتوجه دليل الوفاء بالعقد الا بعد امكان تحقق الحكم الوضعى بذلك الدليل و هو انما يكون بعد اجازة المالك لانّه المفروض اذن ، فما ذكره العلامة الانصارى من جواز فسخ الاصيل العقد قبل اجازة المالك هو الوجيه ٠

و بعبارة اخرى : وجوب الوفاء بالعقد من ناحية الاصيل على القول بالنقل قبل الاجازة متوقف على اخذ العقد بمعنى المصدرى اى مجرّد المعاقدة فاذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفا على اخذ الوجوب تكليفيّا و هو غير جائز فلابدّ من صرفه الى الوفاء بالمعنى الاسم المصدرى و هو لا يحصل الا بالاجازة ، فيكون شمول دليل الوفاء على ذلك من زمان الاجازة دون العقد و اما نقضه بالصرف و السلم فهو ايضا ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما ايضا بقوله اوفـوا

بالعقود و بعدها ، لم يمكن شموله على العقد الا بعد حصول الاسم المصدرى فلا يلزم الوفاء به اذن يجوز لكل من البايع و المشترى فسخ الصرف و السلم قبل القبض كما هو واضح ٠

و بعبارة اخرى : انّ الامر بالوفاء ارشاد الى عدم انفساخ العقد بالفسخ و انّ الالتزام بذلك باق على حاله و لا يرتفع الا ـ بالاقالة و معنى الوفاء به انهائه الى الآخر و اتمامه و حيث انّ الالتزام و المعاقدة على اساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله على تحقق التزام المالك فانّ متعلقه انّما هو الملكية و حصول الملكية موقوف على تحقق الالتزامين من المالكين فلايشمل عليه دليل الوفا بالعقد فيكون نظير الايجاب قبل تماميّة القبول نعم فى مثل النذر لا باس من الالتزام بالوجوب التكليفى لا من جهة تعدد معنى الوفاء بل لخصوصية المورد فانّ متعلق الوفاء فى باب النذر نفس الالتزام و هذا بخلافه فى باب العقود فانّ متعلقه الملتزم به و هو لا يحصل الا بالعقد الذى قوامه بالمعاقدة و ارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لاغرو من الالتزام بالوجوب التكليفى فى النذر و نحوه و بالوجوب الارشادى فى باب العقود ٠

و بالجملة انّ الوفاء بالعقد منحل الى الافراد العديدة حسب تعدد افراد العقود فى جميعها معناه اتمام العقد و انهائه و لكن حيث ان متعلقه فى النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الا وجوب اتمامه تكليفا لا وضعا و لذلك نقول هنا بالوجوب التكليفى ٠

و ثانيا على فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهة فى انّه انّما يتمّ بعد تحقق العقد و هو على اساس القول بالنقل لا يتمّ الا

بعد الاجازة فموضوع وجوب الوفاء بالعقد انّما يحصل بالاجازة و قبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب و ليس ذلك قبل الهبة لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفى فلا يتوجه الا بعد الاجازة لتحقق موضوعه فى ذلك الوقت ·

و بعبارة اخرى : مع الغمض عن بطلان اخذ الوجوب ارشاديا و الجواب على وفقه انّ موضوع الوجوب التكليفى لم يتمّ بعد ، فهل يتحقق الحكم بدون الموضوع ؟

فتحصل انّه على القول بالنقل يجوز للاصيل ان يفسخ العقد قبل الاجازة ، و اما على القول بالكشف ، فهنا جهات للكلام :

الاولى فى جواز فسخ الاصيل منهما و عدمه اى تأثيره و عدم تاثير على الكشف ·

و الذى ينبغى ان يقال : انّه لا يؤثر الفسخ فى انحلال العقد فانّ اساس القول بالكشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد كما عرفت عن الشهيد و المحقق الثانين و بعد تحققه لامعنى لفسخ الاصيل ذلك فانّ ادلة وجوب الوفاء بالعقد و كونه لازما لا ينفسخ باجمعها ، شاملة للمقام فانّ عمدتها على ما تقدم فى المعاطاة قوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ، فلا شبهة انّ الفسخ بعد تحقق الالتزام ليس تجارة عن تراض بل يكون اكل المال بالباطل و اما مع العلم بعدم الاجازة ، فايضا لا يحتاج الى الفسخ بتحققه بدونه فهو اما لا يؤثر و اما لا نحتاج اليه ·

و بالجملة على ملاك الكشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

بالعقد لا يؤثر فيه الفسخ بوجه و يدل عليه ادلة اللزوم ٠

الجهة الثانية : فى انّه على القول بعدم تاثير الفسخ فيه وضعا فهل يجوز للاصيل التصرفات فى ماله قبل اجازة طرف الآخر ام لا ؟ فهذه الجهة فيها جهتان

الاولى فى جوازها وعدمها ظاهراً ، والثانية فى جوازها وعدمها واقعا ، فقد ادعى العلامة الانصارى عدم جوازه ظاهرا و واقعا على تقدير عدم الاجازة بدعوى « انّ المال بواسطة المعاقدة خرجت عن موضوع جواز تصرّف المالك فى ملكه و دخل تحت ادلة حرمة التصرف فيه فلا يجوز له التصرف فى ذلك فان كان يجيز الآخر فيكون حراما ظاهرا و واقعا و الا فيكون حراما فى الظاهر فقط ، ولايجرى هنا اصالة عدم الاجازة لانه انّما يجرى فى فرض عدم المنع عن جريانه والفرض انّ دليل وجوب الوفاء قد جرى و اوجب ثبوت العقد و عدم جواز تصرف الاصيل فى ماله و معه كيف تجرى اصالة عدم الاجازة » ٠

و فيه : انّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكيّة لا ـ حصول نفس الملكيّة و موضوع عدم جواز التصرف فى المال تكليفا نفس الملكيّة و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف فى مال الغير اذن فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الاصيل العقد بحرمة تصرفه فى العين فانّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر و العجب منه قده حيث بالغ و حكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازة الآخر و ردّه بل لا بدّ و ان يرد العقد ثم يجوز للاصيل التصرف فى ماله نعم لو تحقق الامضاء ، فينكشف منه انّ التصرف كان حراما فى الواقع و هذا من عجائب الكلام ، فانه مع عدم الاجازة فباىّ دليل نحكم بحرمة تصرّفه

فی ماله مع کون الناس مسلطون علیه ، و بعبارة اخری ان قلنا انّه خرج من ملکه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم یخرج و مع ذلك لا یجوز له ان یتصرف فیه فهذا لیس الا مناقضة فی مفهوم الناس مسلطون علی اموالهم فافهم ·

و بالجملة انّ الثمرة ثمرة صحیحة فانه علی النقل بجوزللاصیل ان یتصرف فی ماله وعلی القول بالکشف لا یجوز فسخه و یجوز تصرّفه ظاهرا ثم ان تحققت الاجازة بعد ذلك ، فیکشف انّه کان حراما واقعا وعلی تقدیرعدم الاجازة ینکشف انّه لم یکن حراما فی الظاهر و الواقع معا و اما علی تقدیر العلم بتحقق الاجازة فلا یجوز ، والعجب من المصنف حیث حکم بعدم الجواز حتی فی صورة العلم بعدم الاجازة مع انّه علی هذا لم یکن منع منه بوجه لتصرّفه فی ماله قطعا وعدم احتمال تصرّفه فی مال الغیر·

و الحاصل انّ الکلام فی جواز تصرّف الاصیل فی ماله قبل اجازة الآخر و قلنا انّه لا شبهة فی جوازه مع الجهل بتحقق الاجازة مطلقا حتی علی القول بالکشف الحقیقی ولو بمعنی اخذ الاجازة معرّفة لحصول النقل من زمن العقد فانّه مع ذلك ایضا یشك فی انه ممّا یتمّ به النقل او یکون معرّفا لذلك یتحقق اولا یتحقق فیتمسك باصالة عدم تحقق الاجازة فیحکم بجواز التصرّفات مطلقا فانّ مقتضی جریان ذلك الاصل جواز التصرف فیه تعبدا من دون ان یلزم التصرف فی مال الغیر کما انّه فی صورة العلم بعدم الاجازة یجوز التصرف وجدانا للعلم ، و ما عن المصنف من منع جواز التصرف حتی فی صورة العلم بعدم الاجازة ، فعجیب منه مع انّه لیس هنا مانع بوجه حتی احتمال کونه تصرّفا فی مال الغیر فلا ندری ما المانع من کونه ای الاصیل

مسلطا على ماله ؟ فانّ قوله بعت مع العلم بعدم الاجازة ليس الا كاللاغى و الساهى ۰

نعم على الكشف الحقيقى المعروف لو تصرف فيه معتمداً على اصالة عدم الاجازة اى القطع التعبدى اوعلى العلم بعدم الاجازة و القطع الوجدانى فاجاز الطرف الآخر فيكون تصرّف الاصيل فى المبيع فضوليّا ، فيتوقف على اجازة الطرف الذى كان العقد فضوليّا من قبله فيبطل من قبل الاصيل و لا يكون العقد عقده و إنّما يكون راجعاالى المجيز فان شاء اجاز و ان شاء لم يجز۰

ثم ذكرنا ايضا انّه لاوجه فى عدم جواز تصرّفه اى الاصيل بآية وجوب الوفاء بالعقد ـ كما تمسّك به شيخنا الاستاذ ـ على تقدير كونه وجوبا تكليفيا ، فانه يرد عليه اوّلا انّ الامر بوجوب الوفاء بالعقد ارشاد الى تمام الالتزام و انهائه كما هو معنى الوفاء بالشئ لغة فليس ذلك وجوبا تكليفيّا كما هو الظاهر۰

و ثانيا ان معنى الوفاء بالعقد ليس الا ترتيب اثار الملكية و الزوجية و غيرهما عليه و ليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوبا تكليفيا ، فهو لا يحصل قبل الاجازة فان معنى ترتيب الاثار هو حرمة التصرف فى ذلك المال للاصيل فلا شبهة انّ ادلة حرمة التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكيّة كما هو واضح ۰

و ثالثا مع الاغماض عن جميع ذلك و الالتزام بالحرمة التكليفية، فانّما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لاقبله ۰

و بعبارة اخرى : انّ الاحكام التكليفية انّما تكون فعلية بفعلية موضوعها فما لم تصر موضوعها فعلية فلا معنى لفعلية الحكم اذ ن فموضوع

وجوب الوفاء انّما هو العقد ففعلية ذلك الحكم يحتاج الى تمامية العقد فحيث انّ العقد عبارة عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا و المعاقدة بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازة المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه و ليس ذلك مثل الهبة يتحقق التمليك بالتزام طرف واحد فانّ حقيقتها عبارة عن التمليك المجانى و ذلك يحصل بتمليك طرف واحد و التزامه بخلاف البيع فانّ الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد الالتزامين بالالتزام الآخر و ينضّم احدها بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا يخفى فانّ الاصيل لا يعلم ظاهرا ان الآخر يجيز اولايجيز و ان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الاجازة بل يجوز التصرف لكل من البايع و المشترى فى بيع الصرف و المشترى فى الثمن فى بيع السلم قبل القبض فيهما فانّه مالم يحصل القبض لم يحصل الملكيّة و وجوب الوفاء بالعقد انّما هو باعتبار الملتزم به اعنى الملكيّة نعم فى صورة العلم بانّ المالك يجيز العقد لايجوز للاصيل التصرف فى ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف ولكن لازم ذلك هو جواز تصرفه فى الثمن مثلا فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابلة فى ملكه متلازمان فانّ قوام البيع عبارة عن المبادلة بين المالين فى طرف الاضافة وحقيقة الاضافة ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه و دخول العوض الآخر مكانه وكذلك لايجوزللاصيل مع جواز التصرف فى ماله ان يتصرف فى مقابله لعين تلك الملازمة و ما فى المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمة تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه والوجه

فى ذلك هو ثبوت الملازمة بينهما وجودا وعدما نعم فى مثل النذر و نحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فانّ الوفاء لابد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكية دون الالتزام ۰

ثم انّه لايفرّق فيما ذكرنا بين اقسام العقود الفضولية نكاحا كان اوغيره فانّه فى باب النكاح ايضا يجوز للاصيل ترتيب اثارعدم الزوجية قبل اجازة المرئة التى كان العقد من قبلها فضولية من تزويج امها او اختها او تزويج الخامسة لوكانت عنده زوجات ثلثة غير الزوجة الفضوليّة الى غير ذلك من اثارعدم الزوجيّة معتمداً باصالة عدم الاجازة فانها محكمة ما لم يكن دليل على خلافها ۰

نعم تقدم انّه زوج الصغير فضولة فمات فيعزل نصيب الزوجة فبعد البلوغ عرض اليها العقد فان اجاز مع الحلف على عدم طمعها بالمال فيعطى بها الارث و الا فلا ۰

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء باصالة عدم الاجازة فى باب النكاح بالملازمة ۰

و فيه انّ مقتضى جريان اصالة عدم اجازة من كان عقد الزوجية من قبله فضولية الزوجيّة هوعدم ترتيب اثار الزوجية قبل الاجازة فيترتب عليه عدم التوارث فانّه مع جريان اصل السببى لايبقى موضوع للمسبّب و بعبارة اخرى انّ قضيّة الارث هنا وانكان راجعاالى المال و الى ورثه الوارث و ليس مربوطا بالمعاملة الفضولية و لكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضوليّا فيجرى فيه اصالة عدم الاجازة الذى هو اصل سببى بالنسبة الى التوارث وعدمه فيترتب عليه نفى المسببات

من التوراث وغيره و بذلك الملازمة فيكون التوراث هنا الذى راجع الى المال دون العقد الفضولى مربوطا بالمعاملة الفضولية ٠

و لكن حيث و رد النص الخاص فى عزل نصيب الزوجة هنا ـ فبالملازمة القطعيّة يبقى جريان اصالة عدم الاجازة و ترتيب الاثار عليها فانّ نفى اللازم يستلزم نفى الملزوم الا انّ ورود النص فى مورد خاص مبنيّا على الاحتياط فى الاموال كما تقدم لا يوجب التعدى الى غير مورده والحكم بعدم جريان اصالة عدم الاجازة فى باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لا يخفى ٠

و قلنا سابقا انّه ورد نظير ذلك فى المرئة الحبلى حال وفات زوجها فانّه يعزل نصيب ذكرين مع انّ اصالة عدم التولد او عدم كون الولد اكثر من واحد او عدم كونه ذكورا بناء على جريان الاصل فى الاعدام الازلية كما هو الحق جارية فانّ المتيفن فى الصورة الاخيرة هو كون الاقل نصيبا للولد الذى لم يولد بعد فالزيادة التى تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفى بالاصل و بالجملة تتحصل انّه يجوز ـ للاصيل ان يتصرف فى ماله قبل اجازة الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه وعلى القول بالنقل وعلى القول بالكشف الحكمى فانّ اصالة عدم الاجازة محكمة و ما ذهب اليه المصنف من اصالة عدم الاجازة والتمسك باوفوا بالعقود فى اثبات لزوم العقد و تبعه بعض الاخر وكك ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من الحكم بلزوم العقد من الاصيل لاوجه له ٠

قوله (كالنذر المعلق على شرط) ٠

اقول : تفصيل الكلام هنا انّه سواء كان النذر متعلقا بالفعل

او بالنتیجة و سواء کان متعلقه امرا اختیاریا اوغیر اختیاری علی انما تارة یقع الکلام فی الحکم التکلیفی و اخری فی الحکم الوضعی اما ٠

الاول : فتارة یکون متعلق النذر مطلقا من غیر ان یعلقه بشئ بان کان قصده حین النذر لتنجّز التکلیف بالوفاء علیه لانّه علی وجه الاطلاق کما اذا نذر ان یعطی درهما للفقیر مطلقا وعلی هذا فلا اشکال فی عدم جواز اعدام المنذور و اخری یکون معلقا وعلیه تارة یکون ذلک مثل الواجب المعلق بان یکون النذر فعلیّا ومتعلقه امراً استقبالیّا کما یکون الوجوب فعلیّا والواجب استقبالیّا فی الواجب المعلق و هذا مثل الاول لفعلیة الوجوب ٠

و اخری یکون مثل الواجب المشروط بان یکون قصد النـاذر تحقق النذر حین تحقق متعلقه و هو علی قسمین لانّه تارة یعلم الناذر حصول متعلق نذره فیما بعد و اخری لا یعلم فعلی الاول ایضا لا یجوز التصرف فی المنذور بحیث یوجب اعدامه لما حققناه فی محلّه انّ تامیّة ملاك التکلیف فی محلّه و العلم بتنجزه فی ظرفه موجب لحفظ القدرة لاتیانه وحفظ مقدماته و تهیة وسائل اتیانه لو علم او احتمل عجزه عنها فی ظرف الاتیان و یحرم اعدام المقدمات المفوتة لذلك الملاك ولو فی ظرفه و من هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فی ظرف عدم التمکن منه فی ذلك الظرف او لحفظه للوضوء لذلك بحیث یعلم انّه لو لم یحفظه یموت بعد ساعة عطشا او لایجد الماء للوضوء و تسمّی مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوّتة ٠

و بالجملة و ان کان النذر معلقا مثل الواجب المشروط الا ان العلم بانعقاده و حصول متعلقه یوجب حفظ المنذور لقبح تفویت

ملاك التكليف فى نظر العقلاء و الشارع ولوكان التكليف استقباليا كما انّ الامركك فى الواجب المشروط ايضا ٠

و ان لم يعلم الناذر حصول متعلق نذره فان كان من قصده تعلّق النذر بالابقاء كتعلقه باصله بحيث يكون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهة ايضا فى وجوب حفظ المنذور كما اذا نذر بصدقة شاة على تقدير برء مرض ابنه و مع ذلك تعلق نذره بابقاء ذلك الشاة ايضا ٠

و ان لم يكن نذره متعلقا على صدقة الشاة مطلقة و لا على صدقتها على نحو الواجب المعلق و لا على نحو الواجب المشروط ـ بحيث يعلم بحصول متعلقه و لا ان يكون متعلقا بابقائه ايضا فلايجب الابقاء بل يجوز اعدام موضوع النذر بحيث لا يبقى موضوعه اصلا فضلا عن ان يجب الوفاء به بعد تحقق متعلّقة ٠

ثم انّه لايفرق فى جميع ذلك التصور بين ان يتعلق النذر بالفعل او بالنتيجة و سواء كان اختياريا او كان غير اختيارى ٠

و اما الحكم الوضعى اعنى صحة التصرفات فى المنذور ٠

فنقول :

اما فيما يجوز التصرف و اعدام موضوع النذر كما فى الصورة الاخيرة فلا شبهة فى صحة التصرف و نفوذه فلو باع فيحكم بصحته و اما فيما يحرم التصرف فى المنذور كاكل الشاة المنذورة مثلاً فايضاً يصح التصرف فى المنذور وضعا و ينفذ ذلك لانّه لاملازمة بين حرمة التصرف تكليفا و بين صحته وضعا ٠

و ما يمكن ان يكون وجها فى عدم صحة ذلك امران ٠

الاول انّه یشترط فی المبیع ان یکون طلقا فلا یصح بیع غیر الطلق و ما تعلق به النذر لیس بطلق لتعلق حق الغیر به ·

وفیه : انّه ممنوع کبری وصغری ، اما الصغری فواضح لانه لایکون المال بمجرّد تعلق النذر به مما یتعلق به حق الغیر و من هنا لو اجتمع المنذور الیهم و اسقطوا حقوقهم عن ذلک المال فلایؤثر ذلک فی المنذور شیئا و لایصیره عن الحالة الاولیّة التی لم یتعلق به الا الحکم التکلیفی و لایرتفع به الحکم الشرعی التکلیفی اعنی عدم جواز التصرف فیه مع انّ الحق امتیازه عن الحکم لیس الا بالاسقاط کما مرّ فی اول البیع و الا فکلّ حکم یصح اطلاق الحق علیه فیعلم من ذلک انّه لم یتعلق بالمنذور الاالحکم التکلیفی اعنی حرمة التصرف فیه و اما الحکم الوضعی فلا فلم یتم الصغری و اما الوجه فی منع الکبری فلانّه لادلیل علی اشتراط کون المبیع طلقا بهذا العنوان بل هو امر منتزع من الموارد الخاصة ففی کل مورد لاینفذ فیه التصرف فلا یجوز بیعه و لایصح و فی کل مورد یصح فیحکم بصحة البیع و الا فلم یدل دلیل خاص یکون المبیع طلقا ·

الامر الثانی ما اعتمد به شیخنا الاستاذ من انّ المنع الشرعی کالمنع العقلی فحیث انّ التصرف فی المنذور محرم شرعافیکون ممنوعا من التصرف فیه کما کان غیر مقدور تکوینا فحیث انّ المنذور لا یجوز التصرف فیه تکلیفا فیکون ممنوعا من ذلک وضعا ایضا و بهذا استندفی انّ النواهی تدل علی الفساد فی المعاملات و بنی علی ذلک دلالة النهی علی الفساد فی باب المعاملات ·

وفیه : ان کان المراد من انّ المنع الشرعی کالمنع العقلی

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلّم و ان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو اول الكلام اذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهى وحكم بحرمة التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم ببطلانه كما هو واضح ·

اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الاستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف فى المنذور مستنداً على هذا الوجه الغير الوجيه فانّه لاملازمة بين حرمة التصرف تكليفا و بين حرمته وضعا و ما اعتمد عليه فى دلالة النهى على الفساد فى باب المعاملات قبلا وجه ·

قوله (ثم انّ بعض المتاخرين ذكر ثمرات آخر) ·

اقول : ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف او النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الانصارى ·

الاول : انّه لو مات احد طرفى العقد من البايع او المشترى سواء كان العقد من قبل كليهما فضوليّا او من قبل احدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضوليّا من جانب و احد فمات الاصيل قبل الاجازة الآخر

فحاصل ما قاله (ره) انّه لو مات الاصيل قبل الاجازة فيبطل العقد بناء على النقل فانّه حين تحقق الملكيّة غير موجود و الفرض انّ العقد لم ينعقد قبل الاجازة فيبطل ·

و بعبارة اخرى : انّ المالك الاصيل حين ما كان موجودا لم ينعقد العقد الموجب للملكيّة وحين انعقاد العقد وتمامية الملكيّة لم يكن موجودا فكيف يحكم بصحة مثل ذلك العقد و هذا بخلافه على القول بالكشف فانّه يحكم بصحته فانّ الملكيّة قد تحققت على الفرض فلم يبق فى البين الا اجازة المجيز فهى قد حصلت فيحكم بصحته·

و قد اورد علیه صاحب الجواهر بدعوی ظهور الادلة فی اعتبار استمرار القابلیّة الی حین الاجازة علی الکشف مع قطع النظر عن الاجازة فیکشف الاجازة عن حدوث الملك من حین العقد مستمراً الی حین الاجازة و مراده انّ صحة العقد الفضولی متوقفة علی بقاء مالکی العقد و من یستند العقد الیه و یکون العقد عقده باقیاً علی قابلیة ذلك المعنی و بالموت یخرجان عن ذلك القابلیّة ولا یمکن استناد العقد الیه و هذا واضح جدّا ·

و اشکل علیه شیخنا الانصاری بالنقض و الحلّ اما النقض بالعقود المتعددة الواقعة علی مال واحد بنحو تعاقب الایدی فضولا حیث انّ تلك العقود قد وقعت فضولة و قبل تحقق الاجازة انتقل الملك الی الآخر و لم یبق المالك مستمرا علی مالکیته وعلی تلك القابلیّة الاولیة الی زمان الاجازة فیکشف من ذلك انّ بقاء المالك علی قابلیة المالکیة الی زمان الاجازة غیر لازمة ·

و فیه : انّ هذا عجیب من المصنف حیث انّه فرّق بین مانحن فیه و بینما ذکره المصنف نقضا لانّ فی فرض تعاقب الایدی المالکیة مستمرة مع قطع النظر عن الاجازة و انما الاجازة اوجبت انقطاع مالك الثمن عن الثمن و مالك المثمن عن المثمن کما انّ الرد یوجب انهدام العقد و بقاء کل منهما فی ملك صاحبه و هذا بخلاف ما نحن فیه فانه مع قطع النظر عن الاجازة و الرد ینقطع الملك بالموت کما افاده الاستاذ اذن فلا ینبغی لمثل الشیخ ان یورد له بمثل ذلك و ثانیا بالحل و حاصله انّ بعض الاخبار المتقدمة من ادلة صحة المعاملة الفضولیة ظاهرة فی صحتها حتی مع موت احدهما الاصیل او من

كان العقد من قبله فضوليّا كالاخبار الدالة على الاتجار بمال اليتيم و اخبار المضاربة حيث انها اعم من ان يكون المالك حيّا او ميّتا, مع جريان العادة بموته فى مدّة مديدة يتجرّ العامل بالمال و لم يستفصل الامام (ع) فى ذلك فيكون اطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب.

و بعضها صريحة فى ذلك كالرواية التى تضمّن ان شخصا اوصى بالعبد الماذون فى التجارة ان يشترى عبدا فيعتقه و يحج عنه ثم ترافع كلّ من مولى الماذون و العبد المعتق و الورثة فى كونه من مالهم فانّها صريحة فى المطلوب حيث انّ المالك قد مات الى زمان اجازة مالك العبد الماذون ذلك العقد فيكون صريحة فى المورد .

و فيه : قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لا تدلّ على صحة البيع الفضولي بل هى خارجة عن المقصد بل الشيخ ايضا لم يستدل بها على ذلك و انّما ذكرها تائيداً لمرامه فلا يمكن الاستناد اليها فى هذا المقام ايضا .

و الذى ينبغى ان يقال انّه لو كان النظر الى الادلة الخاصة للمعاملة الفضولية كرواية عروة البارقى و صحيحة محمد بن قيس فلا شبهة لظهورها فى كون المالك المجيز او الطرف الاخر حيّا فلا اقل من اخذ المتيقن منها فانّه ليس لها اطلاق يؤخذ به انما سرى فلا يكون الادلة الخاصة للفضولية دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفاية منها بحال حيات الطرفين من المالكين الفضوليين او احدهما فضوليا و الاخر اصيلا .

و ان كان النظر الى الادلة العامة اعنى العمومات والاطلاقات

الدالة على صحة المعاملة كقوله تعالى اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع و غيرهما فلا شبهة فى صحة المعاملة مع موت الاصيل اوالمجيز مطلقا على القول بالكشف وعلى القول بالنقل و ذلك اما على القول بالكشف فواضح لانّ العقد قد تمّ من جميع الجهات الا من ناحية اجازة من كان العقد من قبله فضوليّا فاذا حصلت الاجازة فلا معنى للحكم بالبطلان لصحة العقد من جميع الجهات وعدم نقصانه من جهة ٠

و السر فى ذلك انّه قد تقدم مرارا انّ قوام المعاملة بالمبادلة بين المالين و لاخصوصية للمالك بوجه بحيث يكون هذا الشخص او ذلك الشخص فحيث انّ المبادلة و الملكيّة قد حصلت بالعقد فلم يبق فى البين الا الاجازة من المجيز فبها يتمّ جميع جهات المعاملة غاية الامر انّه الى زمان موت الاصيل كان المالك للثمن او المثمن هو و بعد موته يكون المالك وارثه و يقومون مقامه لكن فضولة و تبديل المالك لا يضرّ بصحة المعاملة بوجه وكك انقلابه الفضولية لا يضر بالمطلب ولزوم كون البايع حال البيع مالكا بالمبيع غير لازم و ان تقدم الالتزام به من التسترى الا انّه بلا مدرك لامكانه فى المالك المتجدد بالارث ونحوه

و اما على النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدين و يبقى الى زمان الاجازة معلّقا فى الهواء حتى يجيزه المجيز فاذا اجاز يستند اليه العقد و موت الاصيل اوغيره من احد طرفى العقد لا يضرّ بالعقد الواقع فانّ الشئ لا ينقلب عما هو عليه اذن فتشمله العمومات والمطلقات

و بعبارة اخرى : انّ العقد بعد وقوعه فضولا مستجمعا لشرائط الصحة غير جهة الاجازة ليستند الى المجيز و تشمله العمومات فلا

يخرج عن الجهة التى وقع عليها كما هو بديهى الوضوح ٠

نعم لوكان الميت هو الاصيل لصار العقد من قبل ورّاثه ايضا فضوليّا فنتوقف صحته على اجازتهم ايضا كتوقفها على اجازة المجيز الآخر ٠

و بالجملة لا نعرف وجها صحيحا لدفع العمومات او المطلقات عن شمولها لهذه المعاملة ٠

غاية الامر انّه على الكشف ينتقل المال بموت الاصيل الى الورثة من حين الموت فيكون العقد فضوليا من قبله ايضا و على القول بالنقل فالعقد يكون مراعى فيكون طرف العقد هو الوارث فضولة و باجازته ينتقل المال عنه و ينسب العقد اليه فلا يكون هذه الثمرة ثمرة البحث فانّه على القول بالنقل و الكشف مقتضى العمومات و الاطلاقات صحة العقد و ان لم تكن الادلة الخاصة للفضولى جارية هنا لعدم اطلاقها اوعمومها ٠

الثمرة الثانية ان يعرض الكفر على احدهما او كلاهما سواء كان كلاهما فضوليا او احدهما فضوليا و الاخر اصيل حيث ذكر الشيخ الكبير ظهور الثمرة هنا بين القول بالكشف او النقل ٠

و تحقيق ذلك ان الكلام هنا تارة يقع فيما يكون المبيع عينا شخصيّا و اخرى يكون كليّا فى الذمة فعلى الاول فالكلام فيه بعينه هو الكلام فى الفرع الاول فانّه على القول بالكشف ينتقل الثمن او المثمن الى الوارث بمجرّد ارتداد احدهما ينتقل العين الشخصية الى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضولة فيتوقف صحة العقد على اجازته ايضا و على القول بالنقل فينتقل المال ايضا الى

الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الاجازة فان اجاز يقع والا فلا على النحو الذى تقدم ٠

وعلى الثانى فلابدّ و ان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلما او مصحفا فانّه على فرض كونه غير المسلم و المصحف لا يظهر ثمرة بين القولين اذ المرتد الفطرى يملك على الاقوى و ان كان ينتقل امواله الموجودة بالارتداد الى الورثة و تبين عنه الزوجة و لا يسقط عنه القتل و لكن كل ذلك لا يوجب عدم قابليته للتملك بالنسبة الى الاموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازة او بالكسب بعمله او بالمعاملة على الذمة او ببذل شخص آخر و غير ذلك فانّه لا دليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابلية التملك بالكلية بواسطة ارتداده و انّما الدليل دل على ثبوت الامور المذكورة ٠

و توهم انّ تملكه غير معقول فانّه امواله الموجودة تنتقل الى الورثة و بالنسبة الى الاموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل ٠

و لكنه فاسد فانّه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولا اما لفراره عن الحاكم او لعدم بسط يد الحاكم عليه او غير ذلك كما هو واضح ٠

اذا عرفت ذلك فنقول اذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلما او مصحفا ثم ارتد احدهما اى الاصيل او الفضولى فتظهر الثمرة حينئذ بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فانّه على الاول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فانّ الفرض انّ الملكيّة قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما ٠

و اما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الاجازة و ـ

بالاجازة كانت الملكيّة حاصلة و الفرض انّ المشترى الاصيل مثلا ارتد و سقط عن قابليّة تملك المسلم او القرآن فيحكم ببطلان المعاملة كما هو واضح .

و توضيح الكلام بعبارة اخرى ان يقال انّه لافرق بين موت احد المالكين اوكلاهما و بين ارتداده الا من بعض الجهات فانّ الارتداد الفطرى ايضا موت شرعى و بيان ذلك انّه لوكان المبيع او الثمن مالا شخصيا فكما انّه بموت الاصيل ينتقل الى الورثة فتكون الورثة طرفا للمعاملة و هكذا فى فرض الارتداد و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف او الرد كما تقدم غاية الامر يكون العقد بالنسبة الى الورثة ايضا فضولية و اما لوكان دينا فى الذمة فعلى القول بالكشف فايضا يحكم بالصحة بالاجازة و يلزم الورثة باعطاء الثمن او المثمن اذ التوريث بعد اخراج الوصية و الديون و من بعد وصية يوصى بها او دين وعلى هذا ايضا لا يفرق بين الموت و الارتداد الفطرى و اما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحة ايضا مطلقا فانّ العقد كان مراعا الى زمان الاجازة و زمان الاجازة هو زمان النقل و الانتقال و الفرض ان المرتد و الميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد و الموت فى الميت مطلقا و فى المرتد اذا كان المبيع مسلما او مصحفا بناء على شمول نفى السبيل فى الآية بتملك الكافر المسلم او مطلقا اذا قلنا بعدم مالكيّة المرتد وكونه قابلا لذلك و هنا ايضا لا يفرق بين الموت و الارتداد فانّ عدم قابلية التملك مشترك بينهما و اما اذا قلنا بالكشف وكان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فى البيع كما تقدم فيظهر الثمرة حينئذ بين المرتد و الموت حيث انّه فى صورة الموت قد حكمنا بانتقال

الثمن الى الورثة فى العين الشخصى و بلزوم ادائهم فى الدين و اما فى صورة كونه عملا يبطل العقد فى صورة الموت لعدم امكان دفعه منه الا على احتمال انتقاله الى القيمة و اما هنا فلا يبطل فانّ المرتد غير قابل للتملك لاانّه غير قابل باعطاء ما ملكه للاخر من العمل مع امكانه كما لا يخفى ·

الثمرة الثالثة ما انسلخت قابلية المنقول بتلف و نحوه كما اذا كان المبيع خلا ثم صار خمرا ·

و هذا يتصور على نحوين الاول ان يكون ذلك قبل القبض بان باع الفضولى دار زيد فضولة و قبل اقباضها الدار قد خرجت و انهدمت و خرجت عن استمرار القابلية للتملك فيحكم حينئذ ببطلان العقد على القول بالكشف و النقل فانّ تلف احد العوضين قبل القبض يوجب بطلان العقد و هذا معنى انّ التلف قبل القبض من مال مالكه كما سياتى اى ينفسخ العقد بذلك لا انّ المالك يجبر بدفع الغرامة كما لا يخفى اذن فلا معنى للتكلم فى الثمرة فانّه مع البطلان لا تصل التوبة الى ذلك بل الامر كك حتى على تقدير كون طرفى العقد اصيلين فانّ البطلان مستند الى جهة تلف احد العوضين قبل القبض و البطلان من هذه الجهة غير مربوط بجهة اخرى ·

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما اذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشترى بالايجار و نحوه و تلف بعد البيع او كان امواله تحت يد الوكيل فى غير جهة البيع فباعها شخص آخر من الوكيل فضولة ثم تلف المبيع قبل الاجازة فانّه حينئذ لاشبهة فى ظهور الثمرة بين القولين فانّه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

انتقل اليه المال فبالاجازة يكشف تلفه منه ٠

واما على القول بالنقل فيحكم بالبطلان فانه زمان العقد لم يحصل النقل على الفرض وفى زمان الاجازة قد انعدم المال فلا يكون المعدوم قابلا للانتقال الى المنقول اليه بالاجازة كما لا يصح ذلك ابتداء ٠

ومن هنا ظهر انّ ما اشكل به شيخنا الاستاذ وغيره من رد هذه الثمرة على اطلاقه غير تمام اذ عرفت الفرق بين كون التلف قبل القبض او بعده ولعل نظر هؤلاء الاعاظم الى صورة كون التلف قبل القبض ولكنّه غير مختص بالمعاملة الفضوليّة كما عرفت ٠

قوله ﴿اوعروض نجاسة له مع ميعانه﴾٠

اقول : نحتمل انّ هذا صدر من سهو القلم فانّه بناء على ما نعيّة النجاسة وتسرية مانعيتها الى المتنجس ايضا فهى انما تمنع عن التمليك والبيع ولا يوجب سقوط المتنجس الغير القابل للتطهر كالدهن ونحوه عن الملكيّة فان كلامنا فى سقوط المنقول عن قابليّة الملكيّة عن قابلية التمليك والبيع ومن هنا لا يوجب التنجس سقوط المتنجس عن الملكيّة ولذا يضمنه المتلف نعم يقع ذلك لو كان خلا و صار خمرا نعم لو كان مراده من ذلك تعميم سقوط القابلية الى الشروط بالمثال بان كان مراده انّه تارة يكون المنقول عنه او المنقول اليه ساقطا عن قابلية التملك كما تقدم واخرى يكون المنقول عنه خارجا عن تلك القابلية كما اذا تلف اوكان خلا وصار خمرا ٠

وثالثة تسقط عن قابلية استيفاء المنقول بالشروط فانّه بناءعلى مانعية النجاسة عن التمليك والبيع فيكون المبيع بعروض النجاسة

الغير القابلة للتطهر خارجا عن تلك القابلية اى قابلية التمليك و التملك بالبيع و الشرى وعلى هذا فلايرد عليه شئ ٠

ثم انّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث انّه اعتبر بقاء القابلية لكل من المنقول عنه و المنقول اليه و المنقول وحكم ببطلان العقد بخروج واحد منها عن القابلية و بعدم استمرارها الى زمان الاجازة لكونها على خلاف مقتضى ادلة صحة الفضولى فانّ المتيقن منها صورة بقاء قابليّة تلك الامور و استمرارها الى زمان الاجازة كما هو واضح و قد اجبنا عن ذلك بانه ان كان نظره فى اخذ المتيقن الى الادلة الخاصة لصحة الفضولى فهو كما (كما هو كك) افاده فانّه ليس لها اطلاق يؤخذ به و يحكم بمقتضاه انما سرى و ان كان نظره الى العمومات و الاطلاقات الدالة على صحة الفضولى فهو ممنوع اذ لاوجه لمنع تلك الاطلاقات بوجه و قد اجاب عنه شيخنا الانصارى بوجوه الاول بالنقض بالعقود المتتابعة و فيه ما تقدم من انّ الناقل فيها الاجازة و تفصيله فى تقرير بحث شيخنا الاستاذ ٠

الثانى بالروايات الظاهرة فى ذلك و قد قلنا ان المراد منها روايات التجارة بمال المضاربة و مال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك و حياته مع العادة جرت بموت المالك فى مدة طويلة غاب عنه العامل ٠

و فيه : انّ تلك الروايات و ان كانت ظاهرة فى ذلك و ظهورها فيما افاده مما لا ينكر الا انها لم تتم دلالتها على المقصد و ليس فيها ما يستفاد منها صحة بيع الفضولى ٠

الثالث اشكل عليه بصراحة بعض الروايات الاخرى فى ذلك و

انّه لافرق فى صحة البيع الفضولى بين موت احد طرفى المعاملة من المالكين وعدمه .

وفيه : لم نجد فى الروايات المتقدمة ما يكون صريحا فى ذلك الا رواية على بن اشيم المتضمنة لشراء العبد المأذون فى التجارة و عتقه وارساله الحج مع موت المالك قبل اجازة مالك العبد فعل عبده

الا انها غير مربوط بالمقام حيث انّ المشترى انّما كان هو- الوكيل من قبل المالك ولم يكن فضوليّا حتى يكون دليلا على المقام ومن هنا منعنا دلالتها على صحة المعاملة الفضولية .

الرابع بما يدل على صحة نكاح الصغيرين مع موت الآخر حيث يرث الحىّ من الميّت مع الحلف كما تقدم وحيث انّ الزوجين فى النكاح بمنزلة المالين فى البيع فى الركنية فاذا صح العقد فيما يكون من اهم الامور اعنى النكاح فانّه من الاعراض والفروج واهميتها عند الشارع معلوم فيكون غير الاهم صحيحا بطريق اولى فيكون الاستدلال بالفحوى وفيه على تقدير صحة الاستدلال بها فيما تقدم على صحة المعاملة الفضولية بالفحوى والاولوية بدعوى انّه اذا قلنا بصحة - الفضولية فيما فيه وطى مع كونه من اهم الامور وفيما ليس من الفروج نحكم بالصحة بالاولوية واغمضنا النظر عمّا قلناه من منع الاستدلال بذلك .

الا انّه لايمكن التمسك بها فى المقام حيث انّ الرواية تعرضت فى صورة موت احد الزوجين بقضية الارث وليس فيه وطى حتى يتوهم صحة غير النكاح بفحوى ذلك بل هو ايضا من قبيل الاموال اذن فلا يمكن التعدى منها الى غير موردها بالفحوى كما هو واضح بل ليس

التعدى الا قياسا و نحن لانقول بذلك مضافا الى منع دلالتها بصحة المعاملة الفضولية فى غير مورد النكاح بالفحوى كما تقدم .

الخامس انّه قد استدل على عدم اشتراط القابليّة فى المنقول برواية عروة البارقى حيث انّ رسول اللّه (ص) لم يستفصل بين موت الشاة و بقائها عند الاجازة بل اجاز البيع بقوله بارك اللّه فى صفقة يمينك .

و فيه : انّ عدم الاستفصال لاجل الاطمينان ببقاء الشاة و عدم موتها .

و ثانيا وجود الاستصحاب هنا الحاكم على بقاء الشاة و اما ذبحها فمع العلم بها لا يضر ايضا فانّ الذبح لا يخرج الشاة عن المالية و عن استمرار تلك القابلية غاية الامر كانت المالية قبل الذبح قائمة بالشاة و بالذبح كانت قائمة باللحم كما هو واضح .

و كلامنا فيما يكون المنقول خارجا عن تلك القابلية الماليّة .

ثمّ انّه يقع الكلام فى عكس تلك الفروض المتقدمة بان كان العاقد او العوضين او المالكين غير قابلين فى حال العقد للعاقدية و المالكية و العوضية فصار قابلا بعد العقد و قبل الاجازة و قد حكم الشيخ ره بالبطلان فى جميع الصور مطلقا و لكن الظاهر ان نفصل فى الشروط

و توضيح ذلك انّ الشرط تارةيكون شرطا للعاقد كما اذا اعتبرنا كونه بالغا و حكمنا ببطلان عقد الصّبى وعممنا قوله (ع) عمد الصبى خطا الى ذلك ايضا فيكون عقد الصبى باطلا و لا ينعقد من الاول فانّه يشترط فى تحققه و صدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على هذا فلو صدر العقد من الصبى ثم صار بالغا لا يمكن الحكم بصحة مثل

هذا العقد فانه كان حين صدوره باطلا لفقدانه للشرائط ثم صار واجدا لها فوجدانها بعد تحققه باطلا لاينقلب (يقلّب) الباطل الى الصحيح فانّ الشئ لاينقلب عما هوعليه ٠

واخرى يكون الشرط شرطا لنفس العقد و ذاته كعدم كون العقد غرريا حيث انّه شرط لنفس العقد و ذاته مشروط بان لا يكون فيه غررمن الاول و الا فيبطل من الاول و لايتحقق صحيحا و على هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غرريا ثم ارتفع الغرر قبل الاجازة فلا يمكن الحكم بذلك ايضا بصحة العقد المتحقق حين وقوعه غرريا لما تقدّم من انّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلا للفقدان لا يقلب الباطل الى الصحة والشئ لاينقلب عمّا هوعليه ولايفرق فى ذلك ايضا بين النقل و الكشف ٠

و ثالثة يكون الشرط راجعا الى المال و هذا على قسمين فانّه تارة يكون انعدامه موجبا لانعدام المالية و اخرى لايكون اما الاول كاشتراط عدم كون المبيع خمرا او اشتراط وجود الثمرة و بدو صلاحها فى بيع الا ثمار فانّه يلزم من انتفائهما انتفاء الماليّة مثلا لوباع خمرا من شخص فضولة و انقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد و الاجازة فانتفاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل و الكشف فانّ فى الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا و قابلا للبيع اما لاعتبار المالية و اما للنص و فى الزمان الذى كان مالا و واجدآ لان يكون مبيعا لم يقع عليه العقد٠

و بعبارة اخرى :انّ العقدوقع عليه فىالزمان الذى الغى الشارع ماليته و قابليّة كونه مبيعا و بطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى

ثمن الخمر سحت وما يكون حين صدور البيع ووقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل اوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلا لذلك لا يوجب صحة العقد فانّه حين زمان صدور العقد اوجب بطلانه و فى زمان لا يوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد ۰

و هكذا الكلام فى بيع الثمرة قبل الظهور و الانعقاد فانه ايضا لو باعه احد من شخص فضولة حين كونه زهرة ثم صار ثمرة لا يكون ذلك البيع صحيحا امّا لاعتبار المالية او للنص فانّه حينما وقع عليه ـ العقد لم يكن مالا و قابلا لان يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه و حين كونه قابلا وغير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح و هكذا الكلام فى جميع الموارد التى يكون الشرط من هذا القبيل و لا يفرق فى ذلك كلّه بين القول بالنقل و الكشف بل الامر كك لو وقع العقد عليه من الاصيلين و الفضولى لا يزيد على الاصيل ۰

و اما الثانى فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ الماليّة فى صورتى الفقدان و الوجدان وكونه الشرط راجعا الى جهة الاوصاف الكماليّة دون مايقوم بها الماليّة و هذا كالمثال المتقدم من المايع المتنجس فاذا وقع على المايع الطاهر عقد فضولا و بين العقد والاجازة عرضت له النجاسة فانّه بناء على مانعية النجاسة عن البيع بمقتضى رواية تحف العقول او شئ من وجوه النجس او اشتراط الطهارة فى المبيع لا يكون هذا المايع الذى وقع عليه العقد واجداً لشرائط البيع و اذا طهر قبل الاجازة فالظاهر هو صحته على القول بالنقل اذ حين وقوع العقد على هذا المال كان مالا و غير ذلك المال مما وقع عليه

الاجازة غاية الامركان حين العقد فاقدا للشرط وحين الاجازة واجد له ولكن الماليّة مالية وحدانية محفوظة فى ذلك المال من البدو الى زمان الاجازة ولم يرده الشارع ولا العرف ما وقع عليه العقد مغائرا لما وقع عليه الاجازة وهذا بخلاف مثل الخمرفان ما وقع عليه العقد مغائرلما يرد عليه الامضاء فى نظرالشارع بل فى نظرالعرف فى بعض الموارد وما وقع عليه العقد ليس بمال فى نظرالشارع وما يرد عليه الاذن مال فى نظره فكيف يتحدان ويحكم بالصحة وهكذا العين الموقوفة لاشخاص خاصة فانه لايجوز بيعها الا فى الموارد المخصوصة فاذا باعها شخص فضولة ثم عرض لها ما يجوز بيعها كالخلف بين اربابها فانّه لامانع من الحكم بصحة مثل هذا البيع لعدم ما يوجب بطلانه وانّ ما وقع عليه العقد غير ما وقع عليه الامضاء غاية الامركان حين وقوع العقد عليه فاقداً لشرط من شرائط البيع وحين الامضاء واجد لذلك وهكذا الكلام فى بيع امّ الولد ثم مات ولده .

والوجه فى صحة العقد فى امثال ذلك انّ العقد قد تحقق واستند الى من له العقد بالاجازة فيشمله دليل صحة البيع عموما واطلاقا .

لايقال انّه حين وقوع العقد على امثال ذلك كان البيع فاقدا لذلك الشرط فيكون باطلا وما يكون موجودا عند الاجازة لا يوجب انقلاب الفاسد الى الصحيح كما تقدم فى الشروط الراجعة الى العاقد ونفس العقد وما يكون به الماليّة كما لايخفى .

فانّه يقال كلامنا على طريقة النقل اخ لايصدق البيع على ذلك العقد الا حين الاجازة فانّه زمان النقل والانتقال وفى ذلك الوقت

فالعقد واجد لجميع الشرائط ٠

و اوضح من جميع ذلك ما يكون الشرط راجعا الى المالكين كما اذا باع العبد المسلم او المصحف من الكافر فضولة ثم اسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزّهاد قبل ان يتحقق الاجازة فانّه لا وجه حينئذ للحكم ببطلان العقد ٠

و السر فيه ما كرّرناه مرارا من انّ حقيقة البيع هو التبديل بين المالين و خصوصية المالك ملغاة فى ذلك بل اللازم وجود طبيعى المالك و هو ايضا لا من جهة الموضوعية بل يكون مقدمة للتبديل بين المالين و قنطرة لذلك فانّ التبديل فى جهة الاضافة اى الاضافة الملكيّة لا يكون الا فى ملك مالك بل الامر كك حتى على القول بالكشف فانّه سياتى من المصنف انّ معنى الكشف ليس كشف حصول الملكيّة و نحوها من زمان العقد بالاجازة المتاخرة بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الاجازة ولو كان بعد تحقق العقد و على ذلك فلا مانع من الالتزام بالصحة فى تلك الموارد على القول بالكشف ايضا فانّ بالاجازة نكشف عن تحقق الملكية فى بيع الوقف و المايع المتنجس و بيع العبد المسلم من الكافر من زمان تحقق النزاع بين ارباب الوقف و عروض الطهارة للمايع و اسلام المشترى الكافر فتشمل العمومات و الاطلاقات على ذلك و ان لم تشمل عليها الادلة الخاصة لعدم اطلاقها فى صورتى تجدد الشروط بعد العقد و وجودها بعد العقد ٠

و بالجملة لا مانع من التمسك بالعمومات فى تلك الموارد اذن فحكم المصنف بالفساد مطلقا فى صورة تجدد الشرط بعد العقد وقبل

الاجازة بلا وجه نعم الادلة الخاصة للفضولي لاتجرى في المقام فانّه ليس فيها تعرض لصورة تجدد الشروط بعد العقد وقبل الاجازة ولا انّ في مورد احد هذه الادلة ذلك المعنى موجود اذن فلا اطلاق لها نتمسك به هذا ٠

وقوله وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات ٠

اقول : اما ظهور الثمرة بين القول بالكشف او النقل في خيار الحيوان فالظاهر انّه لا اشكال فيه فانّه على القول بالكشف فيكون الخيار للمشترى من الاول وعلى النقل من حين الاجازة فانّه يصدق من حين العقد على الكشف انّ المشترى صاحب الحيوان فيشمله قوله (ع) (صاحب الحيوان المشترى او المشترى بالخيار الى ثلثة ايام) ٠

واما خيار العيب فالظاهر ايضا انّه على الكشف يثبت من الاول وعلى النقل من حين الاجازة فانّ دليل ثبوته سواء كان هو الشرط في ضمن العقد اوغير ذلك شامل عليه من الاول على الكشف تمامية المعاملة على الفرض وان وقف على الاجازة بخلافه على النقل فانّ الفرض انّه لم يحصل النقل والانتقال حتى يشترط في ضمنه الخيار ويكون للمشترى او للبايع خيار الحيوان ونتيجة ثبوت الخيار له من الاول انّه لو فسخ بالخيار لا بالرد يكون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الامر الثابت وقطعه بخلاف الرّد فانّه دفع ومانع عن تحققه من الاول واما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الاستاد عدم ثبوته على النقل والكشف ولانعرف له وجها صحيحا والذى ينبغى ان يقال انّه انّما يثبت على النقل والكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

العقد لصدق البيع على طرفى العقد سواء كان كلاهما فضوليا او احدهما اصيلا و الآخر فضوليّا لفرض تماميّة المعاملة من جميع الجهات الامن ناحية الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لا يمنع عن صدق عنوان البيع و اما على النقل فمن حين الاجازة فانّ الفضوليين ليسا الا مجرّد العقد فلا يصدق عليها البيع ليتوهم ثبوت الخيار لهما و اما المالكين فالفرض انّ الملكيّة انما تحصل لهما بعد الاجازة و قبلها لم يحصل النقل و الانتقال فلابدّ و ان يثبت من حين الاجازة لان زمانها زمان انتساب العقد اليهما وصدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الاجازة ولوكان بعيدا غايته فينجز ان العقد بالتلفون مثلا فانّ لفظ المجلس لم يرد فى رواية ليؤخذ بمفهومه و اما حق الشفعة فهو ثابت لاحد الشركين من جهة دفع الضرر ما اذا باع احد حصة احد الشركين للاجنبى فضولة ثم باع الشريك الاخر حصته من شخص آخر اصالة فعلى القول بالكشف فحيث ان المشترى الاول ملك العين قبل المشترى الثانى فيثبت حق الشفعة له و يأخذ الحصة الاخر من المشترى الثانى بالشفعة و اما القول بالنقل فحق الشفعة للمشترى الثانى اذالاجازة بعد البيع الثانىو الفرض انّ زمان تحقق البيع و المعاملة و استناد هما الى المالك وعند حصول النقل و الانتقال هو زمان ثبوت حق الشفعة فهو مسبوق بحق الشفعة للمشترى الثانى و ربّما يقال بظهور الثمرة فى صورة تعاقب الايدى و سياتى تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن ايضا .

و اما ظهور الثمرة فى تعلّق النذور و الاخماس و الزكوات عليه

فالظاهر ان يفصّل بينها لانها ان كانت متعلقة بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظرعن الجهات الخارجية كالنذر و الحلف و الخمس و نحو ذلك فلا اشكال فى ثبوتها من الاول و تعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل و ان كان ممّا يتعلق بالملك مع لحاظ جهة اخرى كالزكوات حيث انّها تعلقت بالملك مع لحاظ جواز التصرف فى المال و الا فلا يتعلق عليه اذن لاتجب الزكوة على القول بالكشف لاعلى البايع و لاعلى المشترى اما البايع فلانّه قد خرج المال عن ملكه قبل تعلّق الزكوة عليه فما ليس ملكه لايجب فيه الزكوة و اما المشترى فلانّه و ان كان المال ملكا له و لكنه لايجوز له التصرف قبل الاجازة و شرط تعلق الزكوات جواز التصرف فى المال ٠

و اما على القول بالنقل يتعلق الزكوة على المالك ليس الا كما هو واضح ٠

قوله (ره) و ينبغى التنبيه على امور ٠

اقول : الاول انّ النزاع فى باب الفضولى فى انّ الاجازة كاشفة او ناقلة ليس من جهة اخذ ذلك فى مفهوم الاجازة لغة او عرفا او انصرافا بل من جهة الحكم الشرعى حيث انّ القائل بالكشف انّما يدعى استناد العقد الى المالك المجيز من حين العقد بواسطة الاجازة فانّ ما يسنده الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف ٠

و القائل بالنقل يقول انّ العقدمستند الى المالك حين الاجازة فلابدّ من القول بانتقال الملك اليه ايضا فى ذلك الوقت و هذان مختلفان فى مقام الثبوت ٠

و اما فی مقام الاثبات فلابدّ من اثبات انّ اوفوا بالعقود هل هو متکفّل بوجوب الوفاء علی العقد من الاول و ان کان الاستناد فی زمان الاجازة او بوجوب الوفاء من زمان الاجازة فقط و قد تقدم تفصیل ذلک فالمقصود هنا التنبیه علی انّ ذلک المعنی من ناحیة الشرع .

ثمّ انّ المالک المجیز لو اجاز العقد علی خلاف ما بنی علیه المفتی و مجتهده بان بنی المقلّد علی الکشف فامضی المالک من زمان النقل او من الوسط اوکان المفتی بانیا علی النقل فهو اجاز العقد من زمان العقد وعلی طریقة الکشف فهل یصح العقد حینئذ او یفسد و علی تقدیر صحته فهل یقع من زمان الاجازة علی النقل و من حین العقد علی الکشف او یقع من زمان تعلّق اجازته به و الظاهر هو التفصیل بین القول بالکشف و بین القول بالنقل فعلی الاول فیحکم بالبطلان وعلی الثانی فلا و بیان ذلک اما وجه البطلان علی الاول فالذی استندنا الیه فی اثبات الکشف هو ان مقتضی العمومات استناد ذلک العقد الذی اوقعه الفضولی الی المالک المجیز بالاجازة و صیرورته عقداً له من حین صدوره و تحققه و لاقصور فی اثبات ذلک فی العمومات کما تقدم فانّه قلنا انّ الاهمال فی الواقع غیر معقول فلابدّ من الاطلاق او التقیید ولاشبهة انّ المنشاء بالعقد الفضولی هو الاطلاق اذن فلا وجه للالتزام بکونه ممضی من زمان الاجازة بل لابدّ و ان یمضی علی النحو الذی انشائه المتعاقدان .

و بالجملة حیث انّ الظاهر من کون المنشأ بالعقد الفضولی مطلقا لعدم التقیید وعدم الاهمال فی الواقعیّات فبالاجازة یستند

ذلك العقد الى نفس المالك المجيز بمقتضى العمومات و الاطلاقات فيكون عقدا له ٠

وعلى هذا المنهج فلو اجازة المجيز من الوسط او من زمان الاجازة فلا يمكن تصحيح مثل ذلك العقد لانّ المنشأ عبارة عن الملكيّة المطلقة و لم تقع عليه الاجازة و ما وقعت عليه الاجازة لم تنشأ فيكون باطلا ٠

و بعبارة اخرى : انّ المنشأ بالعقد الفضولى واجد لجميع للشرائط التى تعتبر فيه الا الرضا فلابدّ من القول بصحته من انضمام ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذى قد انشأت و الا فيحكم ببطلانه ٠

و اساس ذلك هو ما تقدم من لزوم المطابقة بين الايجاب و القبول فانّ الاجازة و ان لم تكن قبولا حقيقة لتماميّة العقد بالفضولية ايجابا و قبولا و الا لكان باطلا للفصل الطويل بين الايجاب و القبول ٠

الا انّ ملاك لزوم المطابقة بين الايجاب و القبول موجود هنا فانّه كما لو تخلّف الايجاب عن القبول لكان العقد باطلا بان تعلق الايجاب مثلا بالزوجية الدائمية و قبل الزوج الزوجية المنقطعة او تعلق الايجاب ببيع الدار و القبول بملكيّة البستان او تعلق الايجاب ببيع الدار و القبول باستيجارها فانّ فى جميع ذلك يحكم ببطلان العقد لتخلّف الايجاب عن القبول و انّ ما انشأه المنشئ غير ما قبله القابل فبمقتضى القاعدة يكون العقد باطلا و كك الحال فى قضية الاجازة ، فانّ روح العقد و قوام صحته بذلك و العقد انّما هو توجد بالايجاب و القبول على النحو الذى قد انشأ بهما فلابد فى صحة ذلك من

سریان ذلك الروح الی تمام المنشأ بحیث افضی ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغیر المنشأ فلا یمکن الحکم بصحة شئ منهما اما المنشاء بالفضولی فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به علی الفرض واما ما تعلّق به الرضا فلفقدان الانشاء لعدم کونه منشاً علی الفرض و بالجملة ملاك لزوم التطابق بین الایجاب و القبول بعینه موجود هنا فلابدّ من صحة العقد الفضولی علی القول بالکشف من مطابقة الاجازة مع المنشأ کما هو واضح لا یخفی و اما علی القول بالنقل فالظاهر هو الصحة مع مخالفة الاجازة عن ما بنی علیه المفتی بان اجاز من حین العقد او من الوسط نظیر القول بالکشف و ذلك نظیر بیع شئ قبل سنة بحیث یکون نمائه من تلك السنة للمشتری فانّ مثل ذلك لایضر بالمطابقة فانّ التخلف بین الایجاب و القبول ولو بمقدار لا یکون فصلا طویلا مما لا بدّ منه مع انّ الایجاب هو انشاء المنشأ من حین الایجاب و القبول بعد دقیقة او دقیقتین فلم یحصل المطابقة بینهما و لکن مثل ذلك لا یضر بالمطلب قطعا للسیرة القطعیة علی عدم اضراره بالعقد ٠

نعم فیکون اجازته هذا مع قصد شرعیة هذا العقد تشریعا محرما و لغوا و مع عدم قصد شرعیته لغوا فقط کما یکون البیع قبل سنة ایضا لغوا لکونه علی خلاف الارتکازات العرفیة وعلی خلاف المتعارف فلا تشمله الادلة فلا یکون حراما فکیف کان فلا یضر بصحة العقد و شمول ادلة الصحة علی ذلك ٠

قوله الثانی : انّه یشترط فی الاجازة ان یکون باللفظ الدال علیه علی وجه الصراحة ٠

اقول : المحتملات هنا اربعة ٠

الاول : اعتبار اللفظ الصريح في الاجازة فلا يكتفى بالكناية فضلا عن غير اللفظ ٠

الثانى : الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا ولو بالكناية ٠

الثالث : عدم الحاجة الى اللفظ ايضا وكفاية الانشاء الفعلى نظير بيع المعاطاتى ٠

الرابع : الغاء الانشاء قولا و فعلا والاكتفاء بمجرّد الرضاء الباطنى فى طرف الاجازة و بالكراهة الباطنيّة فى طرف الرّد و ربّما يقال باعتبار اللفظ الصريح فى الامضاء لانّ الاستقراء و التفحّص يدلنا على اعتبار اللفظ فى الايجاب و القبول فمقتضى ذلك عدم كفاية غير اللفظ الصريح فى الاجازة ايضا ٠

و فيه على تقدير قبول تماميّة الاستقراء فانّما هو فى الايجاب و القبول فقط فلا يسرى بالاجازة حيث انّ العقد قد تمّ وكون الاجازة مثل القبول فى التطابق لا يقتضى كونها مثله من جميع الجهات و قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بانّ الامضاء مثل البيع فى استقرار الملك وقد نسبه المصنف الى المصادرة و هوكك ٠

بل ظاهر رواية العروة البارقى كفاية الكناية فى الاجازة ولو كان اللفظ الصريح لازما فى البيع فانّ قوله (ص) بارك اللّه فى صفقة يمينك من لوازم امضاء العقد لانه بنفسه مصداق للاجازة اذن فيكفى فى الامضاء مثل احسنت و نحوه ٠

اذن فلا دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الاجازة و الرد بل لا دليل على اعتبار اللفظ اصلا و يكفى فيه مطلق ما يوجب انشاء الاجازة

و يكون ممبرزا للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفا بدليل الوفاء بالعقد ولوكان فعلا كتمكين الزوجة نفسها من الزوج و اعطاء المالك العين المبيعة للمشترى و هكذا و هكذا بل هذا هو المتعين فانّه لاشبهة فى صدق الانشاء والابراز، و الاظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل او القول ولوكان بتحريك الرّاس و اذا صدق عليه انشاء الرضا الباطنى عرفا و صدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات و الاطلاقات فيحكم بصحته ولزومه و مع هذا اىّ شئ يمنع عن نفوذ ذلك العقد و صحته كماهو واضح ٠

و بالجملة لامانع من صدق العمومات على ذلك العقدالفضولى اذا انضم الى المالك المجيزعرفا باىّ نحوكان الانضمام فانّ المناط فى صحة العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه و لايعتبر شئ آخر ورائه كما لايخفى ٠

ثم انّ العلامة الانصارى (ره) قرّب الاحتمال الرابع وكفاية مطلق الرضا الباطنى فى الاجازة فلوعلم ذلك ولو بغير مظهر و مبرز فيكفى فى صحة العقد الفضولى و استدل عليه بوجوه و قد تعرضنا لذلك فى اول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى اخراج العقد من الفضوليّة الى غير الفضولية فحيث اكتفى المصنف بكفاية رضا المقارن فى ذلك فاكتفى بكفاية رضى الباطنى المتاخر فى الامضاء ايضا ٠

الاول مما استدل به على مقصده لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع فى امرئة زوّجت نفسها من رجل فى سكرها ثم افاقت وعرض لها النكاح فاقامت معها مقام الزوجة فقال (ع) اذااقامت معه بعدما

افاقت فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صورة توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضولية و الا فلا اعتبار بعقد السكران لوكانت بنفسها مباشرة للعقد كما فى حاشية السيّد ٠

و فيه : انّ نفس الاقدام بذلك اجازة فعليّة للعقد الفضولى فليست فيها دلالة بكفاية الرضا الباطنى من دون كاشف و مبرز و الا فلا مبرز له و من اين علم ذلك ٠

و منها ما فى بعض اخبار الخيارات ما احدث فيه المشترى حدثا قبل ثلثة ايّام فذلك رضا منه و لاشرط له و قيل له و ما الحدث قال ان لامس او قبل الخ ٠

فاستدل بها بانّ الظاهر من قوله فذلك رضا كفاية الرضا فى الاجازة و الامضاء وكون المناط فى ذلك هو الرضا فقط ٠

و فيه : انّ ذلك اشارة الى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا على كفاية الرضاء المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلو لا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك ٠

و منها الاخبار الواردة فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث انّ المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاه و الاخبار الاخر الواردة فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بانّ سكوت سيّده اقرار له بالعقد و غير ذلك من الاخبار الواردة فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيّده الظاهرة فى صحتها مع رضا المولى و ان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفاية الرضا الباطنى فى الامضاء حيث انّ صحة عقد العبد ايضا متوقف على اجازة المولى ٠

و فيه : مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون كاشفا عن الرضا فلا تكون تلك الروايات دالة على كفاية مجرد الرضا الباطنى انّه تقدم ان تلك الاخبار خارجة عن العقد الفضولى فانّ فى العقد الفضولى انّ الاجازة من المالك الذى ينسب العقد اليه و يستند اليه و يكون العقد عقده و هذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيّده فانّ طرف العقد و من يستند اليه العقد هو نفس العبد و المولى خارج عن ذلك غاية الامر انّ اجازته دخيلة فى صحة العقد كاجازة العمة و الخالة فى صحة عقد بنت الاخ و بنت الاخت فلو دلت هذه الروايات على كفاية الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه ·

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال انّ الاخبار الدالة على صحة عقد العبد بدون اذن سيّده لاجل انّه عصى سيّده و لن يعص اللّه لا باس من دلالتها على كفاية الرضا لماذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا ·

****

و اما التمسك فى ذلك بالايات من اوفوا بالعقود و نحوه فيد يهى البطلان لانّ العمومات غير شاملة لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت و الانتساب لا يكون الا بانشاء الاجازة و اظهار الرضا عرفت بمظهر فعلّى او قولى كما مر ·

و اما كلمات الفقهاء فايضا بوجوه ·

الاول : انّه ذكر بعضهم انّه يكفى فى اجازة البكر السكوت

فهذا يدل على كفاية مجرّد الرّضا الباطنى لا انّ الرضا ليس بشرط فيه ٠

وفيه : قد عرفت من السكوت من جملة الافعال فيكون مبرزا فعليّا للرضا و الا فمن اين علم انّ البكر راض بذلك العقد ٠

الثانى انّه علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الاجازة بكونه اعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل من عدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فى كفاية الرضا الباطنى و الا كان حقه ان يقال السكوت لايكفى فى الاجازة لعدم اللفظ ٠

وفيه : انّه صريح فى ما ذكرنا لا فى ما ذكره المصنف والعجب منه كيف غفل عن ذلك فانّ قولهم انّ السكوت اعم من الرضا صريح فى انّ السكوت تارة يدل على الرضا و اخرى لايدل فان الانسان تارة يسكت برضاية و اخرى يسكت بدون الرضاية و ردهم كفاية السكوت من جهة عدم دلالة الاعم على الاخص كما هو قضية منطقية بديهية و هذا صريح فى انّ السكوت غير الرضا و انما يدل عليه فى بعض الاحيان كما هو واضح لا يخفى ٠

الثالث انّه ذكر بعضهم انّه اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها

وفيه : انّ العقد تارة يكون خياريا و اخرى غير خيارى فعلى الاول فقيامه على مقام الحلف و انكار الوكالة يكون موجبا للفسخ كما هو معنى العقد الخيارى وعلى الثانى فبانكار الاذن و الوكالة يكون فضوليّا فيكون ايضا قيامه مقام الحلف ردا فانّه ايضا من الافعال له و على ایّ حال يكون خارجا عن ما ذكره الشيخ ره وعلى تقدير دلالة

كلمات بعض العلماء على ذلك بل تصريحهم على ذلك فايضا لايدل هذا على كفاية مجرّد الرضا الباطنى فى الامضاء فانّه لا دليل على حجية قولهم لنا و انّما هم افتوا بذلك بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلك من بعض الروايات او صدق العمومات بمجرّد الرضا و قد عرفت جوابها ثم انّ بين ما ذكرنا و ما ذكره المصنف ثمر بيّن حيث انّه على ما ذكره المصنف يكون البيع بمجرد كشف رضا المالك ممضى بخلافه على ما ذكرنا فانّه ما لم يبرز الرضا الباطنى بمبرز لا يفيد لنا عن الاجازة ٠

قوله ﴿ الثالث من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرّد ﴾ ٠

اقول : و قد استدل المصنف على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرّد عليها بوجوه ٠

الاول : قام الاجماع على ذلك ٠

و فيه : انّه مضافا الى منع حجية الاجماع المنقول انّ تحققه ممنوع لانّه لا اشعار به فى كلمات القدماء و المتاخرين الا فى كلام الشهيد فى القواعد و مع ذلك كيف يمكن دعوى الاجماع عليه ٠

على انّ الاجماع انّما يكون حجة اذا لم يكن له مدرك معلوم بل يكون مدركه قول المعصوم فيكون حجة من باب التعبّد المحض و مدركه هنا الوجهان الآخران و سنذكرهما فلا اقل من احتمال ذلك فانّ حجيته مشروطة بالعلم بعدم ابتنائه على مدرك معلوم و يكفى منع ذلك احتمال الابتناء بمدرك آخر ٠

الوجه الثانى : انّ الرّد ممّا يوجب انحلال العقد و انعدامه اذ الرّد الفاصل بين العقد و الاجازة بمنزلة ما يتخلل بين الايجاب و القبول و يوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد عليهما بيان ذلك

انّ قوام العقد و تحققه فى وعائه انّما هو بالتعاهد و التعاقد بين الموجب و القابل و ارتباط التزام كلّ منهما بالتزام الآخر ليحصل العقد ٠

و بعبارة اخرى : انّ من الامور الحاصلة بفعل الطرفين الموجب و القابل و الايقاع عبارة عن فعل شخص واحد و قائم به فلو لم يكن بين الايجاب و القبول ربط وعقدة لانقلب الى الايقاع ٠

وعلى هذا فكما لو انفصل بين الايجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط احد هما بالآخر واتصالهما بحيث يكون الايجاب ايجاباً لهذا العقد والقبول قبولا لهذا وكذلك الرّد فان الاجازة فى البيع الفضولى بمنزلة القبول ٠

وفيه : ان كان المراد من تخلل ما يوجب خروج الايجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن ايجابه و فسخه ما انشائه من الايجاب فهو متين فانّ الايجاب انّما يؤثر فى الملكيّة اذا بقى على حاله ولم يعتريه ما يوجب زواله و اذن فلو رجع على ايجابه فلايفيده بوجه و ان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك و ردّه على الموجب وعدم قبوله ايجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الايجاب فان ردّ القابل على الموجب لا يخرج ايجابه عن التاثير ما لم يخرج عن الايجابيّة بواسطة الامور الاخر الموجبة لبطلانه و لا دليل على انهدامه برّد القابل ٠

اذن فالمطلب ليس بتمام فى المقيس عليه ٠

و اما المقيس فلو سلمنا كون ردّ القابل كرّد الموجب موجبا لبطلان الايجاب وعدم تاثيره فى الملكيّة فلا نسلّم ذلك فى الاجازة للفرق الواضح بين القبول بالنسبة الى الايجاب و بين الاجازة بالنسبة

الى الايجاب و القبول فانّ العقد كما عرفت تماميته انّما هو بالايجاب و القبول ولو خلا عن احدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاهد و التعاقد فحيث انّ الرد من ناخية الموجب او من ناحية القابل اوجب ردّ الايجاب فما نعزل عن الايجابية فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لايكون عقدا ·

و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ العقد قد تمّ بالايجاب بتمامه و لم يبق فى البين الا رضاية المالك ليكون ذلك تجارة عن تراض ومنتسبا الى المالك وحينئذ ان ردّ الاصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه اصيلا ثم اجاز فقد تقدم الكلام فى تاثيره وعدمه ·

و ان ردّ الفضولى ثم طرئه الرضا و اجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة به اولا ·

الظاهر هو الثانى لانّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد و لا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك وعن قابلية انتسابه الى المالك بالاجازة لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم تماميته فى المقيس عليه مع كون الايجاب من احد اطراف العقد وكيف فى المقام حيث تم العقد و لم يبق الا انتسابه الى المالك فردّ الفضولى لا يخرجه عن قابلية الانتساب و لا دليل على تاثير ردّه فى انحلال العقد و لا مانع عن التمسك بالعمومات و المطلقات بعد الاجازة لصدق عنوان العقد على هذا و صدق انّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه ·

و بعبارة اخرى : انّ دليل الوفاء بالعقد سيق بعنوان القضية الحقيقية فانما تحقق العقد و صدق عليه عنوان العقد عرفا فيشمله ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء . و فى المقام حيث يصدق على

العقد الفضولى مع تخلل الرد من الفضولى بين العقد والاجازة انّه عقد عرفا فيشمله اوفوا بالعقود فيحكم عليه بوجوب الوفاء ·

الثالث : انّ دليل السلطنة و هو يقتضى سلطنة المالك على ماله و مقتضى ذلك تاثير الرّد فى العقد وكونه موجبا لقطع علاقة الطرف الآخر عمّا انتقل اليه ·

فانّه قد حصل بواسطة البيع الفضولى شأنيّة كونه للطرف الاخر فى ذلك المال فلو لم يكن له ازالة تلك الشأنيّة للزم الخلف فى دليل السلطنة وعدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنة ·

و فيه اوّلا : انّ دليل السلطنة نبويّته مرسلة فلا تكون حجة لعدم انجباره بشئ ·

و ثانيا : انّه قد تقدم سابقا انّ دليل السلطنة ليس مشرعا فى مفاده و ناظرا الى الاحكام الشرعية بحيث لو شككنا فى ترتب بعض الاحكام على الاملاك نتمسّك بدليل السلطنة كما اذا شككنا ان لبس السنجاب جائز فى الصلوة اوغير جائز فنمسّك بدليل السلطنة اوان اكل شئ فلانى جائز اولا فنمسّك بذلك او انّ بيع الميتة و نحوها جائز ام لافنمسّك بدليل السلطنة و هكذا بل انّما نتمسّك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعى من الجواز وعدمه و الشك فى انّ للغير حق المنع عن ذلك كما فى المهجور و المجنون و الصبى و السفيه اولا و بمقتضى ذلك يحكم بعدم جوازه و انّه ليس للغير ذلك ·

و بالجملة انّ مقتضى تسلط الناس على اموالهم عدم جواز مزاحمة الغير عن تصرفاته فيما له ذلك شرعا و ثبت جوازه وكان مفروغا

عنه قبل شمول دليل السلطنة و انّما دليل السلطنة ناظرة فقط الى منع الغير و حجبه عن ذلك التصرف الجائز٠

و بعبارة اخرى : انّ موضوعه ثبوت الجواز قبله و بعد ثبوته و هو متكفّل لمنع الموانع الخارجية دائما و ليس له فى اثبات اصل الجواز مانع بوجه اصلا و الا يلزم ان يكون الناس مسلّطا على احكامهم بدليل السلطنة و يكون ذلك الدليل مشرعا ٠

و ثالثا : لو سلّمنا كون دليل السلطنة مشرّعا و ناظراالى الاحكام ايضا و لكن لا يشمل المقام نقضا و حلا ٠

اما النقض فلانّه لوكان دليل السلطنة متكفلا لاثبات كون الرّد مزيلا لقابلية كون المال للغير باجازة المالك و مانعا عن بقاء علاقة الطرف الآخر فيه لكان مانعا من الحدوث وعن اصل انعقاد بيع الفضولى صحيحا حيث ان ثبوت علاقة الغير فى المبيع فضولا خلاف مقتضى سلطنة المالك فلوكان ذلك مانعا عن البقاء فاولى ان يكون مانعا عن الحدوث و الحال انّه غير مانع من الحدوث فيعلم من ذلك انّه غير مانع عن البقاء ايضا فلا يوءثر ردّه فى سقوط المبيع عن قابليّة انتقاله الى الغير بالاجازة لوكانت تلك القابليّة ثابتة بالبيع ٠

و اما الحل فبانّ تلك القابليّة فى الاموال ثابت من الاول و قبل البيع الفضولى حيث انّ لكل مالك له ان يبيع ماله من الغير برضايته و طيب نفسه و يجيز ذلك البيع من دون ان يثبت للطرف الآخر هنا حق وعلاقة غاية الامر ففى صورة بيع ذلك المالك فضولة تحقق احد جزئى ذلك الموضوع المركب اعنى جواز البيع و كونه برضاية المالك و اجازته بفعل الفضولى اعنى العقد و بقى الجزء الآخر اعنى

الاجازة و ذلك من الاحكام الشرعيّة للمالك فى اموالهم وليس مربوطا بدليل السلطنة بل قبل ذلك الدليل و بدليل السلطنة هنا يمنع عن منع الغير من ايجاد ذلك الموضوع المركب اعنى البيع مع الرضاية و الاجازة الذى من الاحكام الشرعيّة ·

و بعبارة اخرى : جواز البيع و اجازته من الاحكام الشرعيّة الثابتة للملاك مع قطع النظر عن دليل السلطنة سواء كان هناك دليل السلطنة ام لم يكن نعم فى اجراء ذلك الحكم فى البيع الفضولى لانحتاج الى العقد لتحققه بل الى الاجازة فقط لتحقق الموضوع لانتقال المال الى الغير ·

و اوضح من ذلك انّ الفضولى لم يرد شيئا فى ذلك المال الذى باعه لتنافى سلطنة المالك و يكون ذلك علاقه لطرف الاخر كما توهم و بنى عليه اساس الاستدلال حتى يدفع ذلك بدليل السلطنة و يقال ان يدفع ذلك فلو لم يؤثر للزم ان لايكون الانسان مسلّطا على ماله و انّما الفضولى قد اوجد موضوع الاجازة الذى عبارة عن العقد بحيث كان قبل ذلك اختيار ايجاده وعدمه تحت يد المالك بان يوجد الموضوع المركب من العقد و الاجازة وكان ذلك ثابتا من الاول ·

و لكن اذا اوجد الفضولى احد جزئى ذلك الموضوع المركب كان الجزء الآخر تحت اختيار المالك له ان يوجده و له ان لايوجده ·

ولو كان دليل السلطنة متكفلا لاثبات جواز الرّد للمالك الفضولى بحيث ان يبقى الرّد موضوعا للاجازة للزم ان يكون نفسه معدوما لنفسه فانّه عرفت انّ الفضولى لم يفعل شيئا ينافى سلطنة المالك ـ

حتى يدفع بدليل السلطنة بل اوجد موضوعا للاجازة فليس هناللمالك المجيز الا الاجازة وعدمه فالاجازة تثبيت وعدمها تحليل و الا فالرّد ليس له اثروان كان مشوبا بسوء الخلق وضيق النفس .

و بعبارة اخرى : احد جزئى موضوع المعاملة وعلى هذا لو ثبت بدليل السلطنة ما يمنع عن نفوذ اجازة المالك المجيز للزم اعدام نفوذ الاجازة بدليل السلطنة و هذا ما قلنا من اللازم .

و ببيان آخران المال حسب انحفاظه تحت سلطنة مالكه فى عمود الزمان لواراد احد التصرّف فيه بغير اذن اهله يتوقف على اذنه ولو منع عن تصرّفات مالكه بانحاء التصرفات فيدفع ذلك بدليل السلطنة و اما لو لم يمنع عن تصرّفات المالك بوجه و لانّه تصرّف فيه بغيراذنه بل فعل فعلا فيه من دون تصرّف يكون فعله هذا موضوعا لفعل البايع فى ايجاد غرض من الاغراض بحيث لوكان بنفسه مباشرالايجاد ذلك الغرض كان عليه ايجاد ما فعله الغير مع ما يحتاج صدوره عليه فحينئذ لايكون دليل السلطنة دافعاً لذلك بل فعله هذا مويدّ لذلك الدليل .

ولو اريد اثبات الرد بدليل السلطنة فمعناه كما ذكرنا ليس الا منع تاثير الاجازة و سدّ بابها مع انها ثابتة بدليل السلطنة فيلزم من شموله اعدام نفسه بنفسه وهذا من الوضوح بمكان .

ثم انّ من العجائب قياس الاستاد الرّد بالاجازة بانّه كماليس للمالك فسخ العقد بعد اجازته وكك ليس له امضائه بعد ردّه .

و وجه العجب انّ الاجازة تثبيت العقد و تقريره فى مقرّه بخلاف الرّد فانّ كونه موجبا للفسخ اول الكلام كما عرفت فالصحيحة الظاهرة

فى صحة الاجازة بعد الرّد فعلى مقتضى القاعدة و تكون مؤيدة لما ذكرنا مع قطع النظرعمّا تقدم من عدم تحقق الرّد بذلك الاخذ .

نعم لها اشعار الى ذلك من جهة احتمال عدم ارادة ذلك التوجيه الذى ذكرناه وكك لاوجه لقياس الرّد بالفسخ من انّه كما لايجوز الامضاء بعد الفسخ وكك لايجوز الاجازة بعد الرّد و ذلك ان تاثير الفسخ فى العقود الخياريّة انّما ثبت بدليل شرعى وهذا بخلاف الرّد فانّك قد عرفت عدم تاثيره فى العقد الفضولى بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا الا الاجازة وعدم الاجازة كما عرفت .

ثم بقى هنا امران .

الاول : انّه قيل انّ اثبات جواز الرّد بدليل السلطنة يوجب تعارضه فى مفهومه فانّه يوجب اثبات جواز الاجازة ايضا فيقع التعارض فى مفهومه من حيث اثبات الرّد و اثبات الاجازة لانّ اثبات كل منهما موجب لاسقاط الاخر .

و فيه : انّه مع الاغماض عمّا ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنة على الرّد انّ هذا توهم فاسد اذ ليس شمول دليل السلطنة على الرّد فى عرض شموله على الاجازة ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما فى طول الاخر و بايّهما شمل اولا يوجب اعدام الآخر و لا يكون تعارض بوجه لانّ الشمول على نحو البدليّة لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم .

الثانى : انّه ذكر شيخنا الانصارى بعد دعوى ظهور الصحيحة فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال انّ الرد الفعلى كاخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بدّ من انشاء الفسخ و دعوى ان الفسخ هنا ليس باولى

من الفسخ فی العقود اللازمة و قد صرّحوا بحصوله بالفعل يدفعهاان الفعل الذی يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطی و العتق و نحوهما لا مثل اخذ المبيع ·

و فيه : انّه لا شبهة فی كون الفسخ بالفعل ككونه باللفظ الا انّ جعله الاخذ غير كاف فی الفسخ لا وجه له بل هو كسائر الافعال فی تحقق الفسخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز اخذ مال الغير بدون اذنه فانّه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز اخذ مال الغير بل هذا من اقوی ما به يتحقق الفسخ و لكن لا يمكن الالتزام بتحقق الرّد بالاخذ فی باب الفضولی و ما توهّم من الاولويّه من انه يكفی الفسخ به فی باب العقود و فی الفضولی لابدّ و ان يكون كافيا بالاولويّة فبلا وجه بل المطلب علی عكسه و ذلك من جهة انّ الفسخ و ان كان رفعا و الرّد دفعا الا انّ مجرّد ذلك لا يوجب كون مئونة الدفع اقل من الرّد حتی يثبت بالاولوية علی الدفع كلّما يكون ثابتا علی الرّد و لكن العقد بعد صدوره من الاصيل يكون موثرا فی حصول الملكية للطرف الآخر و لو كان عقدا خياريّا و يكون المبيع ملكا للمشتری فلا يجوز لاحد ان يتصرّف فيه او ياخذه و مع ذلك لو اخذه البايع مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسخا منه للعقد كما انّه لو لم يكن ذی خيار لكان اخذه هذا حراما لكونه تصرّفا فی مال الغير و السّر فی ذلك ان المال بما انّه مال للغير فيكون الاخذ ظاهرا فی الفسخ مع كون الآخذ ذو خيار ·

و هذا بخلاف اخذ المالك المجيز فانّه ما لم يجز العقد كان له ان يتصرف فی ماله كيف شاء لكون ذلك من شئون المالكية علی

شئ اذن فاخذ المالك ما له لايدل علي الفسخ بل فسخ ام لم يفسخ كان له ذلك و انّما قلنا بتحقق الفسخ به فى الاول من جهة عدم جواز اخذه لغير المالك و لغير الفاسخ و لذا قلنا انّ ظهور الاخذ فى الفسخ و اما فى المقام فله ذلك فسخ ام لا فلا وجه للالتزام بتحقق الفسخ به هناك فضلا عن تحققه به هنا بطريق اولى .

و من جهة هذه النكته قلنا فى صحيحة محمد بن قيس ان اخذه الوليدة لايدل على الرّد لتكون الرواية شاهدة على جواز الاجازة بعد الرّد بل الاخذ على طبق القاعدة و من جهة اخذ المالك مال نفسه وكون ذلك من شئون مالكيّته فافهم .

قوله ﴿ الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله﴾ .

اقول : حاصل كلامه هنا انّ ثبوت حق الاجازة للمالك المجيز و تأثيرها فى العقد الفضولى من الاحكام الشرعية الثابتة للمالك و هو موضوع لها كجواز البيع و الهبة و الصلح و نحو ذلك للمالك فكما انّ للمالك بيع ماله ابتداء مباشرة او توكيلا فكك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا .

و بعبارة اخرى : انّ من جملة الاحكام الشرعية المترتبة على المالك هو جواز بيع ماله و اجازة بيعه لو بيع فضولا و ليس ذلك ـ الحكم مربوطا بباب الحقوق كالخيارات و نحوها لتوارث بناء على انتقاله الى الغير و هذا يتضح فى ضمن وجهين .

الاول انّهم ذكروا فى باب الارث انّ الزوجة لم ترث من العقار و انّما يرث من غيرها من كل ما تركه الميّت من حق او مال و من كلّما يجوز انتقاله الى الوارث .

وعلى هذا فلو باع الفضولى دار احد فضولة و مات المالك قبل اجازته البيع فيكون المال منتقلا الى الوارث فبناء على كون الاجازة من الاحكام فلكل من انتقل اليه المال اجازة البيع بناء على جواز مغائرة المالك حال العقد وحال الاجازة بحيث يكون المالك حين حدوث البيع شخصا وحين الاجازة شخصا آخر و هذا ليس من جهة ارث الاجازة فان الفرض انّه من الاحكام او اذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الى الوارث بالموت على تقدير كونها من الحقوق بل من جهة انتقال موضوعها الى الورثة اعنى المال فانّ تلك الاجازة كانت قائمة بالمالك فى ذلك المثمن او الثمن فاذا تبدّل المالك لذلك المال فينتقل الحكم ايضا لكونه قائماً بذلك الموضوع فانّه ذكرنا انّ لكلّ مالك اجازة بيع ماله لو بيع فضولا و اذن فليس للزوجة حق الاجازة لذلك البيع بل هو حق من انتقل اليه المال و الفرض انّ العقار لا تنتقل الى الزوجة ٠

و اذا قلنا بكون الاجازة من الحقوق و قلنا بجواز انتقاله الى الورثة بموت و نحوه فيدخل ذلك تحت قوله (ع) ماتركه الميت فلوارثه الا العقار و لا شبهة انّ نفس حق الاجازة للعقد الفضولى ليس من العقار بل من غيرها التى ترثها الوارث زوجة كان اوغيرها ٠

الوجه الثانى : انّه ذكر الفقهاء رضوان اللّه عليهم فى باب الخيارات انّه ينتقل الخيار بموت ذى الخيار الى الورثة فيكون الورثة ذى خيار ٠

فاختلفوا فى طريق اعمال الخيار منهم اذا تعدّدوا فبنى شيخنا الانصارى انّه ثابت لطبيعى الورثة فاىّ منهم امضوا البيع فيكون

لازما و اى منهم فسخوا فينفسخ سواء اعمل الاخرون خيارهم ام لاوقال بعض آخر انّه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث انّ امضائهم او فسخهم لاتؤثر الا اذا اجتمعوا فى الفسخ او فى الامضاء و هو الذى بنينا عليه فى محله و هنا احتمال ثالث و هو ان يقال بالتقسيط و انّه اى منهم اجاز او فسخ ينفسخ و يلزم بالنسبة اليه فقط لانّ لكلّ من الورثة حق و حصة فى ذلك الخيار المنتقل من الورثة اليهم فيثبت له حقه و لكن هذا احتمال ضعيف لايعتنى به بل العمدة هنا الوجهان الاولان ٠

ولكن ذلك لايثبت فى الاجازة حتى مع القول بانتقالها الى الورثة بنفسها كحق الخيار ٠

و ذلك لانّ الاجازة كما عرفت حكم شرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مستقلا و لم يكن له شريك آخر فيكون مستقلا فى الاجازة ايضا و ان كانوا متعددين فلابد و ان يجيز كل منهما ليكون لازما و الا فيكون لازما بالنسبة الى المجيز فقط ليس الا و هذا نظير ما اذا جمع الفضولى اموال اشخاص متعددين فى بيع واحد فانّه هل يتوهم احد انّ اجازة احدهم يوجب لزوم المعاملة بالنسبة الى الآخرين ايضا و هكذا المقام غاية الامر انّ فى ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء و فى المثال انّما كان التعدد من الاول و هذا المقدار لايكون فارقا ٠

و بالجملة انّه فرق بين انتقال الاجازة الى الورثة وكون امر الاجازة بيدهم و بين انتقال حق الخيار اليهم كما عرفت ٠

قوله ﴿ الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ولا لاقباض

المبيع ·

اقول : لاريب فى عدم الملازمة بين اجازة البيع و بين اجازة قبض الثمن أو المثمن و لا لاقباضهما و ذلك لانّ كل واحد من اجازة البيع و اجازة القبض أو الاقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الامور الاعتبارية او الخارجية الا أن يكون بينهما احدى الدلالات من الاشارة او الأقتضاء اوغيرهما ، وعلى ذلك فاجازة البيع لا يستلزم اجازة القبض الا مع التصريح · ثم انّه هل يكون نفس القبض قابلاً لان يتعلق به الاجازة أم لا ، وربما يقال انّ القبض أمر تكوينى لا يمكن ان يتعلق به الاجازة فانّ ما وقع من الافعال الخارجية لا ينقلب عمّا هوعليه و سيأتى ما فيه من الرهن وقد فصّل المصنف بينما يكون الثمن أو المثمن شخصيا فحكم بصحة اجازة القبض و الاقباض و جريان الفضولى فيهما و بينما يكون كليّا فى الذمة وانّما تعينه وتشخصه ليس الا بقبض الفضولى فقط و ذلك لانّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشترى و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع فى يد المشترى برضى فيترتب عليه ح جميع الآثار المترتبة على المبيع و يتم ذلك بالاجازة الصريحة او الاقتضائية فى الثمن أو المثمن الشخصييّن ·

و أما الكلّى منهما فليس لنا دليل على جريان الفضولية فيهما لعدم تعيّن الكلى باخذ الفضولى حتى يتعلق به اجازة المالك المجيز و يرجع الى اسقاط الثمن عن عهدة المشترى و الى حصول المبيع فى يد المشترى ·

و لكن الظاهر انّه لافرق بين كون الثمن أو المثمن شخصيّا أو

كليّا فى الذمة وان صحّ تعلّق الاجازة بالقبض أو الاقباض بالدلالة الصريحة أو غير الصريحة فصحّ فى كليهما و الا فلا ، و الظاهر هو الاول لامن جهة ما ذكره المصنف من انّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط الضمان عن عهدة المشترى فانّه انّما يتمّ اذا قلنا بانّ ضمان المشترى الثمن بحسب القاعدة وانّه بمقتضى الشرط الضمنى اذن فاجازة البايع قبض الفضولى الثمن اسقاط لذلك الشرط الضمنى ٠

واما اذا قلنا بأنّه من باب التعبّد الثابت بمقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وانّما اجروا ذلك فى الثمن لأجل حمل المبيع على المثال فانّ من البعيد ان يختلف حكم المثمن مع الثمن فى بيع واحد وح فيمكن منع شمول ذلك لقبض الفضولى فانّ معنى كون تلف المبيع من مال البايع انّه ليس ضمانه عليه و لزوم خروجه عن عهدته بل معناه فساد البيع وكون تلف المبيع من مالكه وعدم حصول النقل والانتقال به ولذا نقول انّ الحكم يسرى الى الثمن ايضا ولهذا لا يمكن فى حق الفضولى حتى مع تصريح المالك به لكونه مختصا بالمالك بمقتضى التعبد كما هو واضح بل جواز تعلّق الاجازة بالقبض من جهة التوكيل وذلك لانّ الاجازة مثل الوكالة فكما يصحّ التوكيل فى القبض وكذلك يصح اجازته ٠

وأوضح من ذلك ان الافعال على قسمين قسم يصحّ تعلّق النيابة والوكالة بها وقسم لا يصحّ فالاوّل كالعقود و الايقاعات وامثالهما فانّه يصحّ التوكيل والنيابة فيهما والثانى كالأكل والنوم والقيام و الجلوس وامثالهما من سائر الافعال التكوينية فأنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النيابة والوكالة ٠

و القبض من قبيل الاول فانه ممّا يقبل النيابة و الوكالة فيقبل الاجازة ايضا لانّ الاجازة عين الوكالة غاية الامر انّ الوكالة من الاول و الاجازة ليس من الاول و انّما تقع على الفعل الواقع .

بل على ذلك السيرة العقلائية فانّه لم يشك احد فى انّه لو استقرض شخص من الآخر دينا فاستوفى اخ الدائن ذلك الدين من المديون لصح ذلك لو اجازه الدائن .

اذن فلا وجه لتوهم انّ القبض من الامور التكوينية فلا تنقلب بالاجازة عن واقعها فان عدم الانقلاب انما يجرى فى الاثار الماضية دون الاثار الباقية كما لاوجه للفرق بين كون الثمن أو المثمن كليّا أو شخصيّاً .

ثم انّ ما ذكرنا من عدم الملازمة بين اجازة البيع و اجازة القبض فيما لم يكن القبض مأخوذا فى صحة البيع كبيع الصرف و السلم و الهبة و الا فاجازتها ملازم لاجازة القبض صونا لكلامه عن اللغوية و كذلك فيما اذا صرّح بأجازة القبض عند اجازة البيع وهذا كباب الصرف و السلم و الوقف و الهبة فأنّ اجازة القبض فيها اجازة للعقد ايضا فانّ من الواضح انّه لا يشترط المباشرة فى القبض فيما يكون القبض شرطا لصحة المعاملة بل المناط استناد القبض الى المالك ولوكان بقبض وكيله ولو عامل شخص كبير بيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصدق القبض بالنسبة اليه و هذا كله اذا كان المجيز عالما بالملازمة و اما مع الجهل فلا ملازمة ايضا لعدم تمامية دلالة الاقتضاء ح ثم انّ التقابض فى المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين فى مجلس واحد عرفى بل معناه ان يكون التقابض فى مكان العقد ولو كان بينهما بعد كما

تقدم ذلك فى ثبوت خيار المجلس ·

بقى الكلام فى انّه هل يجرى نزاعاالكشف و النقل فى القبض والاقباض أولا ، الظاهر انّه لايجرى لأنهما ليسا مثل البيع و سائر العقود يمكن تعلق الاجازة بوجودها المتقدم فانّ الاجازة من الامور التعليقية و الاوصاف الحقيقية ذات الاضافة يصحّ ان تتعلق بالامور الماضية كما يصحّ ان تتعلق بالامور الحالية و المستقبله ·

و هى مع احتوائها بالحقيقية الكذائية مأخوذة فى العقود جزء او شرطا ·

اذن فيصح ان تتعلق بالعقود الفضولية من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره فى النقل من ذلك الزمان و من هنا ذكرنا انه لابعد فى بيع مال فى الحال قبل يوم أو شهر أو سنة غاية الامر انّه خلاف بناء العقلاء و منصرف عن مفاد العمومات فى الاصيلين ولكن لا مانع من شمولها على العقود الفضولية و جعلها صحيحة و مستندة الى المالك بالاجازة حين الاجازة من الاوّل كما عرفت و هذا بخلاف القبض فانه أمر تكوينى غير تعلقى فلايمكن ان يستند الى المالك بالاجازة من حين تحققه بل يستند اليه من حين الاجازة لانّ ماتحقق بتمام حقيقية فى الخارج و صار فعلىّ الوجود من جميع الجهات لا ينقلب عمّا هو عليه و لايستند الى غير فاعله من حين صدوره لانه لم يوءخذ شئ فى حقيقته من الامور التعليقية حتى يمكن تعلقه بالامر المتقدم و يوجب استناده من بدو صدوره الى غير فاعله بالاجازة ، اذن فلا معنى للقول بالكشف فى اجازة القبض و الاقباض و انّما يكونان مستندين الى المجيز من حين الاجازة وعنده يكون قبضا للمجيز فقهراً يثبت

النقل و لا يمكن المناص عنه نعم لو دل الدليل على صحة تعلق الاجازة بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلك فان المانع عنه ليس فى مقام الثبوت بل من جهة عدم وجود المقتضى و الدليل عليه فى مقام الاثبات ٠

قوله ﴿ السادس الاجازة ليست على الفور للعمومات ﴾ ٠

اقول : ان الاجازة فى العقد الفضولى ليست على الفور للعمومات و صحيحة محمد بن قيس بل فيها شهادة على جواز الاجازة بعد الكراهة و هذا ممّا لا شبهة فيه ٠

و انّما الكلام فى انه اذا لم يجز العقد و تضرّ الاصيل بتأخيره الاجازة بناء على عدم جواز تصرفه فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه على القول بالكشف ٠

فهل للأصيل فسخ العقد الفضولى أو اجبار المالك المجيز بالاجازة أو الرّد أولا شئ عليه بل لا بد و ان يتحمل بالضرر لاقدامه عليه بنفسه

و قد قوىّ المصنف الاول و لكن الظاهر انّه على القول بالكشف و شمول العمومات عليه لا يتمّ فى جميع الموارد فانّ النكاح ممّا لم يثبت فيه الخيار ليتجبر الضرر بالخيار الا فى الموارد المنصوصة وكذلك لايمكن الاجبار فى جميع الموارد كما اذا كان مالك العقد ممن لا يمكن اجباره امّا لعلّو سطوته أو لعدم وصول اليد اليه و قد نقل انّ امرئة زوجت نفسها للحجة المنتظر عليه وعلى ابائه الاف التحية و الثناء و بقيت على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولى من طرف الاصيل ٠

و الظاهر انّه لا دليل على اجبار الطرف على الاجازة أو الرّدو

لاثبوت الخيار للطرف الاصيل ۰ أما الاول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلّط الناس على اموالهم عقلا و شرعا فلهم ان يفعل فيه ما يشاء فان الاجازة كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار فى بيع ماله وعدمه و ليس لاحد أن يجبره على ذلك وهكذا الاجازة و تضرر الاخر من عدم اجازة المالك أو ردّه لا يجوز الاجبار بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر۰

و اما ثبوت الخيار فهو ايضا لا دليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد و ليس فى البين الا تضرر مالك الاصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفى الضرر و فيه انّ الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار انّما يكون فى مورد يكون حادثا لا موجودا من الاول فانّ اقدام الاصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الاول غاية الامر يختلف ذلك قلة وكثرة بحسب طول الزمان و قصره و هذا لا يوجب الفرق بينهما و الحق انّه لا مناص من القول باللزوم بناءا على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف و لعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الاجازة غاية الامر يكون المجاز عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين فانّ أوفوا بالعقود قد اسند ذلك العقد الى المالك المجيز بالاجازة و العجب من شيخنا الاستاذ كيف رضى القول باللزوم للاصيل حتى على القول بالنقل و قد تقدم ما فيه۰۰

قوله (السابع هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا ام لا) ۰

اقول : تارة تكون الاجازة مطابقة للعقد الواقع فضولاً بحيث يكون المجازعين ما صدر من الفضوليين وقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا مع الاختلاف فيه بالكشف و النقل ·

و اخرى لايكون العقد المجاز مطابقا للعقد الفضولى بل يباينه كما اذا وقع العقد الفضولى مثلا على الدار و تعلقت اجازة المالك الاجازة على البستان فهذا باطل بلا اشكال لان ما وقع عليه العقد غير ما تعلقت به الأجازة فالعقد الفضولى لم تتعلق به الاجازة و ما اجيز لم يقع عليه العقد ·

و ثالثة يكون المجاز مغائرا للعقد الفضولى لامغائرة مبائنة بل بالاطلاق و التقييد أو بالكلية و الجزئية كما اذا وقع العقد الفضولى على مالين لشخصين أو لشخص واحد فاجاز أحدهما دون الاخر أو اجاز البيع فى احد المالين دون الاخر فان المجاز مغائر لما وقع عليه العقد بالكلية و الجزئية وكما اذا وقع العقد على الدار مثلامقارنا مع الشرط فاجاز المالك بدونه فيكون المجاز مغائرا كماوقع عليهالعقد الفضولى بالاطلاق و التقييد ·

و هل يصحّ العقد الفضولى مع هذا الاختلاف بين المجاز و ما وقع عليه العقد أم لا يصح و قد فصّل المصنف و قال فلو أوقع العقد على صفقة فاجاز المالك بيع بعضها فالاقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فاجاز أحدهما و ضرر البعض يجبر بالخيار ولو أوقع العقد على شرط باجازة المالك مجردا عن الشرط فالاقوى عدم الجواز وما افاده هو المتعيّن أما صحته عند الاختلاف بالجزئية و الكليّه كما عليه الاستاذ فلأنّ البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء انّما ينحل الى

بيوع عديدة فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداءاً فكذلك يجوز اجازة البيع فى واحد منها دون الآخر لانّك قد عرفت انّ الاجازة المتأخرة من المالك ليست الا كالبيع الابتدائى فكماله بيع ماله على النحو الذى يريد ابتداء مباشرة او توكيلا فكذلك له اجازة بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غاية الامران فى البيع الابتدائى يوجد العقد مع الاذن وفى الاجازة المتأخرة حصل موضوع الاجازة اعنى العقد قبلها و اما تكميل حقيقة البيع و تامية ماهيته عند تحقق الاجازة لكونها من مقوّماتها و اجزائها ٠

و أما تضرر المالك بتبعض الصفقة فينجبر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأنّ المشترى يشترط على البايع ان لايكون المبيع متبعضا و الا فليس المشترى ملزما بقيامه على التزامه و بالجملة لا نعرف وجها لبطلان البيع فى هذه الصورة بل جرى على هذا المنهج ـ كلمات الفقهاء فى بيع ما يملك و ما لايملك أو ما يملك و ما لا يملك حيث ان البيع يصح فى ما له و يبطل فى الاخركما يصح فى مايملك و يبطل فى الاخركما اذا وقع العقد على الشاة مع الخنزير بل الامر كذلك فى بيع شئ واحد كما اذا باع داراً فضولة فاجاز المالك البيع فى نصفه دون النصف الاخر لكونه لشخص اخر و السّر فى ذلك هوما اشرنا اليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعددة كالعموم ـ الاستغراقى لا كالعموم المجموعى وكون الاجازة مثل البيع ٠

و أما اذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الاطلاق و التقييد و العموم و الخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تارة يقع فى ضمن العقد و اخرى فى ضمن الاجازة وعلى الاوّل فتارة يكون للمالك

على الاصيل و اخرى للاصيل على المالك ٠ فلو كان للمالك على الاصيل و اجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهة فى صحة الاجازة و صحة استناد البيع اليه و تحقّق حقيقته فى وعائه فانّ المالك مسلّط على ماله و كلّما يرجع اليه أمره فله اسقاط ما يريد اذا كان موجودا فى ذمّة أشخاص اخرين مثلا اذا باع الفضولى ثوب أحد و اشترط فى ضمن العقد ان يخيط الاصيل ثوبا للمالك فاجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله اسقاطه ٠

و بعبارة اخرى : انّ اجازة المالك التزام الفضولى بأصل المعاوضة وعدم اجازته التزامه بالشرط على نفس الاصيل تجاوز عن حقّه الذى التزم به الاصيل على نفسه فلا وجه لتوهم البطلان الامن جهة التعليق فهو ايضا منفى كما سيأتى و اما لو كان من الاصيل على المالك الفضولى فاجازه بلا شرط فقد حكم العلامة الانصارى (ره) بالبطلان و شيخنا الاستاذ بالصحة مع ثبوت الخيار للاصيل وافاد فى وجه ذلك بانّ المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الايجاب و القبول الذى يكون ضميمة لاحد العوضين فكما انّ تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فانّه و ان لم يتعذّر خارجا الا انّ امتناع المجيز وعدم قبوله الشرط بمنزلة التعذر و لا وجه لبطلان العقد الا على القول بالتقييد و الاناطة والحق عدمه و لذا نقول بانّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد الا اذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه ، فنقول لا شبهة انّ الشرط و المشروط اذا كانا من قبيل المعلق والمعلق عليه كالشرط والمشروط التكوينيين فلا شبهة فى بطلان المشروط عند انتفاء الشرط امّا نفسه أو لعدم حصول المعلّق عليه كما

انّه اذا كانا من قبيل الأمرين الوجوديين المنضمين من غيران يكون بينهما ربط فلا شبهة فى صحة المشروط عند انتفاء الشرط كما اذا التزم عند بيع الدار بخياطة ثوب المشترى من غيرأن يرتبط بالالتزام البيعى فانه ح لامعنى لبطلان المشروط مع عدم وفاء المشروط عليه بشرطه لعدم الارتباط بينهما ، بل لانتفاء حقيقة الشرط هنا فانّه لايصدق الشرط و المشروط ما لم يكن بينهما ربط و التزام كما فى القاموس وجعل من ذلك الشريط لربطه أحد الشيئين بالاخر ، و على هذا فما معنى الكلام المشهور من انّ الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام العقدى و انّه لايلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط مع انّك عرفت انّه على تقدير يلزم من انتفاء الشرط بطلان العقد وعلى تقدير آخر فلا ۰

والذى ينبغى ان يقال انّ معنى جعل الشرط فى العقود عبارة أخرى عن جعل الخيار فيهما و صيرورة العقد خياريآ نظيرجعل الخيار فيها ابتداء و ذلك فانّ البايع مثلا اذا اشترط فى ضمن البيع على المشترى شيئا او اشترط المشترى عليه شيئا و ليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان و لا انّهما من قبيل الامرين المنضم أحدهما بالاخر ليخرج عن معنى الشرطية بل معناه ان البايع انّما باع متاعه و التزم به مطلقا من غيز ايقافه على شئ اخر فأصل الالتزام البيعى غير معلّق على شئ وغير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهة التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عند انتفاء المعلّق عليه و لكن اشترط على المشترى مثلا كون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفا على الشرط الفلانى على المشترى بحيث لو وفى المشترى

بذلك الشرط فللبايع ايضا ان يقف على التزامه البيعى والا فلا فكما انّ جعل الخيار فيه اى فى الالتزام البيعى صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى و من هنا نقول انّ تخلّف الشرط لا يوجب بطلان العقد و انّما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه وجوبا تكليفيا و ليس للمشروط له اجباره على ذلك فانّ التزامه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما انّ الوفاء به ليس واجبا تكليفا بل هو أمر أخلاقى فكذلك الالتزام الشرطى فانّه لا يجب الوفاء به وعلى هذا فما ذكره شيخنا الاستاذ من انّ المقام نظير تعذّر الشرط فكما انّه لا يوجب بطلان العقد و هكذا عدم الوفاء بالشرط وكذلك فى المقام اذا اجاز المالك العقد بدون الشرط الذى وقع عليه من الفضولى وليس نقص فى ذلك المبنى ولكن البنا ليس بصحيح ٠

و توضيح ذلك انّ العقد تارة يطلق و يراد منه اسم المصدر أى الملتزم به الحاصل من الالتزام و الاعتبار النفسانى و اخرى يطلق على نفس الالتزام العقدى اى المعنى المصدرى ٠

اما الاول : فهو مطلق وغير مقيّد بشئ و لا متوقف عليه فانّه بعد تحقّق ما يؤثر فيه لامعنى لوقوفه على شئ بل ان حصل مايؤثر فيه فيحصل و الا فلا ، فلا يعقل توقفه على شئ بعد حصوله و الا يلزم من وجوده عدمه ٠

و اما الثانى : فهو تارة يوجد من المتعاقدين غير مقيّد بشئ كما اذا كان العقد غير خيارى بشرط وغير مقيد بشئ و اخرى يكون مشروطا بشرط كما اذا كان فى العقد شرط و اشتراط ففى هنا و ان قلنا ان الشرط يرجع الى كون الوقوف على الالتزام البيعى والثبوت

عليه متوقفا على الشرط و تحققه اصل الالتزام مقيّد بالشرط فى مقام الانشاء فانّ الاهمال فيه لايعقل بل هواما مطلق أو مقيد فحيث انّه ليس بمطلق لوجود الشرط فيه فيثبت التقييد فالالتزام حين تحققه تحقق مقيدا وعلى هذا فلو اجاز المالك ذلك بدون الشرط و مطلقا فيكون ذلك غير ما وقع فما وقع لم تقع عليه الاجازة و ما وقعت عليه الاجازة غير ما وقع فيكون العقد فاسدا لعدم وقوع الاجازة عليه .

اذاً فما ذكره المصنف صحيح و ان كان ما ذكره شيخنا الاستاذ من حيث المبنى ايضا صحيحاً الا انّ ما بنى عليه غير صحيح لا نّ ما نحن فيه ليس من قبيل تعذر الشرط كما عرفت .

و بعبارة اخرى : انّ الاجازة من حيث نسبة العقد الى المجيز كالقبول فكما انه لو وقع الاختلاف بين الايجاب والقبول بالاطلاق و التقييد يبطل العقد كما اذا قال البايع بعت الدار بثمن كذا على ان تخيط لى ثوبا و قال المشترى قبلت بدون ذلك الشرط و هكذا فى الاجازة فأنّ الاجازة و ان كانت بعد تمامية العقد ايجاباوقبولا و ليست مثل القبول من جميع الجهات و الا لكان العقد الفضولى باطلا بالفصل بين العقد و الاجازة و لكن الاجازة مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما انّ القبول يوجب استناد الايجاب الى نفسه و الامركذلك حتى لوكان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولى .

و بالجملة العقد الواقع فضولة على وجه خاص لا بدّ وان تقع عليه الاجازة على ذلك الوجه و الا لحصل التخلّف بين المجاز و العقد فيحكم بالبطلان .

لا یتوهّم انّ تقیید العقد علی النحو الذی قلتم عین التعلیق فیکون باطلا امّا لعدم حصول المعلّق علیه أو لبطلان التعلیق فی نفسه ۰

فانّه توهّم فاسد اذ معنی التعلیق انّ اصل الالتزام العقدی متوقف علی الشرط و هو علی تقدیر حصول الشرط و الا فلا التزام و هذا بخلاف التقیید المذکور فانّ أصل الالتزام علی ما ذکرنا غیر متوقف من حیث الوجود علی الشرط بحیث یلزم من وجود الشرط وجود المشروط و من عدمه عدمه کما هو معنی التعلیق بل استمرار ذلک الالتزام و الوقوف علیه مقیّد بالشرط و هذا معنی ثبوت الخیار ۰

لا یقال انّه ایّ فرق بین عدم الوفاء بالشرط الموجب للخیار و بین عدم الاجازة الموجب للبطلان ۰

قلت : فرق واضح بین الامرین حیث العقد قد تحقق علی الاول و لکن لم یحصل شرط لزومه و الدوام و الثبات علیه و هذا بخلاف الثانی فانّ المجیز لم یقبل العقد فیکون باطلا نظیر عدم قبول القابل بما انشأه الموجب کما تقدم فافهم و تأمل ۰

و توضیح المقام انّه هل یعتبر مطابقة الاجازة للعقد أم لا و علی تقدیر الاعتبار هل یفرق بین ان یکون من المالک الاصیل و بین العکس و بین الصور الأخری ام لا ، و تفصیل ذلک ان الاجازة تارة تکون مطابقة للعقد و هذا لا شبهة فی صحته کما تقدّم تفصیله من الاختلاف فیه بین القول بالکشف أو النقل ۰

و اخری تباینه مباینة تامة کما اذا باع الفضولی الدار فاجاز المالک بیع البستان أو باع الفضولی دار الصغیر و اجاز المالک دار

الكبير و هذا لاشبهة فى بطلانه لانّ الاجازة لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجز و ما اجيز لم يقع فيحكم بالبطلان ٠

و ثالثة تكون الاجازة مخالفة للعقد الواقع من جهة و موافقة له من جهة اخرى كالاختلاف بالكل و الجزء و العام و الخاص والمطلق و المقيد ، اما الاول كما اذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع و الكله بان باع الفضولى دارين او فرسين لزيد او احدهما لزيد و الآخر لعمرو فأجاز المجيز أحدهما دون الاخر ، واما الثانى كما اذ اباع الفضولى دار أحد بشرط و أجاز المالك المجيز بلاشرط سواء كان من المالك الاصيل أو العكس ٠

أما الاول : فلا شبهة فى صحته غاية الامر انه يثبت للمشترى خيار تبعّض الصفقة و ذلك لان البيع ح انما يكون منحلا الى بيوع متعددة غاية الامر يكون كل فيها مشروطا بالاخر فالمجيز باجازته يقبل الالتزام على النحو الذى وقع و يرد التزامه على التزام البائع طابقا النعل بالنعل ولكن بدون الشرط و الخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشترى الخيار و هذا واضح ٠

و اما الثانى : فلابد فى بيانه من تقديم مقدمة فهى انّه لم نعقل الى الآن معنى للشروط الا جعل الخيار و توضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان ٠

الاول ان يطلق على الملتزم به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما اذا باع العبد على ان يكون كاتبا فان الكتابة متعلق الالتزام الشرطى و يكون ملتزما به و اخرى يطلق على نفس الالتزام ٠

اما الاول فلا شبهة فى عدم كون العقد معلقا عليه و مقيداً به بان يقول بعتك العبد على ان يكون كاتبا و الا فلا ابيع بحيث

يكون أصل البيع متوقفا على وجود الملتزم به و مع عدمه فلا بيع اصلا فهذا لا شبهة فى بطلانه اما مطلقا كما هو الظاهر لبطلانه فى العقود و اما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الاول بل معناه انّ الالتزام الذى ورد على ذلك الملتزم به معلّق عليه بحيث لم يكن كاتبا لا يجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه و ليس هذا الا كون العقد خياريا مثلا لو باع زيد داره من عمرو بشرط ان يخيط العمرو له ثوبا فقبل العمرو ذلك ولكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيدا بالخياطة فلم يحصل فيكون له الخيار و هكذا فى جميع الموارد فيكون البيع صحيحا للعمومات ·

و اما الثانى فلا شبهة فى كونه قيدا للعقد فانه لو باع احد داره بشرط كذا او على ان يكون له الخيار فانّ بيعه هذا و ان لم يكن مقيدا بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم و لكنه مقيد بالالتزام الشرطى فالبايع من الاول باع بيعا مقيدا و اورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الاول حين وجوده البيع الخيارى دون البيع الغير الخيارى وح فلو قبل القابل البيع بدون ذلك الالتزام الشرطى فلم يقبل ما انشأه البايع و لم يرد التزامه على التزام البايع فيكون باطلا و بالجملة ان الشروط باعتبار الملتزم به لا تكون مقيدة للبيع مثلا بل البيع بالنسبة اليها مطلق و انما هى قيد للالتزام و الثبات على العقد ، و اما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقييد اذا لو لم يقبل المشترى ما اوجده البايع من العقد المقيّد بالتزام خاص باىّ نحو كان ذلك الالتزام فيكون باطلا من الاول لان ما اوجده

البايع لم يقع عليه القبول و ما وقع عليه القبول لم ينشأ فيكون باطلا ٠

اذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط تارة يكون من المالك الاصيل بان باع الفضولى دار زيد فضولة من عمرو فاشترط عليه ان يخيط ثوب عمرو فاجاز العمرو بدون ذلك الشرط و هذا لا اشكال فى صحته لانّ المالك قد تجاوزعن حقه و اسقطه من الاصيل و العفو و التجاوزعن الحق لايوجب البطلان ٠

و بعبارة اخرى : انّ الالتزام البيعى و ان كان مطلقا و قد قبله المالك باجازته على هذا النحو و ورد الالتزام من المالك المجيز باجازته على التزام الفضولى و لكن اسقطه بعد قبوله غاية الامر أن ذلك انى و تقديرى لا أنّ الاسقاط قبل القبول او انّ المالك لم يجز التزامه بل شيئا اخر و الا يلزم المحذور ٠

و اما اذا كان من الاصيل على المالك فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتكون الاجازة باطلة و ذلك لعدم ورود التزامه على ما ورد به التزام الفضولى مع الاصيل فانّ التزامهما مقيد و التزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الاجازة و ما وقعت به الاجازة لم يقع فتكون الاجازة لغوا فلا يكون العقد مشمولا للعمومات الا اذا انضم اليه اجازة اخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد ٠

كيف فلو لم يطابق الالتزامين فى الاصيلين بان باع احدهما متاعا مع شرط و خيار كما هو المرسوم كثيرا خصوصا فى الدّلالين و قبل الاخر بدون ذلك الشرط فانه ح لاينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فانّ ما انشأه البايع غير ما قبله المشترى فالمنشأ لم يقبل و ما قبل لم ينشأ

فاذا لم يتم ذلك فی الاصيلين فكيف فی الفضولی ولاشبهة انّ ـ الاجازة مثل القبول من حيث كونه موجبا لاستناد العقد الی المجيز كما انّ القبول يوجب استناد الايجاب الی القابل ·

ومن هنا ظهر انّ ما جعله شيخنا الاستاذ المقام من صغريات تعذر الشرط ليس بتمام حيث انّ فی صورة تعذر الشرط سواء كان التعذر خارجيا اوعقليا قد توارد الالتزامين من البايع والمشتری علی مورد واحد ولكن الشرط قد تعذر فهذا غير ورود الالتزامين بمورد واحد مثلا لو باع احد داره واشترط علی المشتری ان يحج عنه فقد تعذّر ذلك الشرط عقلا لكونه مريضا لايقدر علی المشی او هرما او مات وهكذا فانّ هذا ونظائره لايوجب بطلان البيع فانّ المشتری قد التزم علی ما التزم به البايع ولكن قد اوجب التعذر العقلی عدم وفائه بالشرط فيكون البايع مخيرا فی الفسخ او الرضا به حتی يتمكن المشتری من ذلك واما التعذر الشرعی كالشروط المخالفة للكتاب والسنة فكما اذا باع متاعا واشترط فی ضمنه ان يعطيه المشتری مقدار من الخمر فقبله المشتری وهذا ايضا ليس نظير ما نحن فيه اذا المشتری ايضا قبل التزام البايع علی النحو الذی التزم وتوارد الالتزامين علی مورد واحد ولكن المنع الشرعی اوجب التعذر والمنع فلا اشكال فيه ايضا من هذه الجهة واما من جهة كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد او انّه مثل التعذر العقلی يوجب الخيار أولا يوجب شيئا فهو أمرآخر وسياتی فی محله ·

لايقال ما الفرق بين عدم مطابقة الاجازة مع العقد فی بيع المجموع المركب وبين عدم المطابقة فی صورة الاشتراط فامّالا بد من

القول ببطلان الاجازة فيهما اوعدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى ٠

أقول الفرق بينهما بديهى و قد ظهر ممّا ذكرنا و ملخصه انّ فى صورة أختلاف الاجازة مع العقد بالجزئية و الكلية انّ المجيز قد اجاز البيع على النحو الذى وقع و هذا بخلاف صورة الاختلاف بالاطلاق و التقييد بيان ذلك انه اذا باع فرسين من عمرو فضولة لمالك واحد أو لمالكين ففى الحقيقة انّ هنا بيعان كليهما خيارى فانّ كلاً من الفرسين بيع منضما الى الآخر و بهذا الشرط فاذا اجاز المجيز احدهما دون الاخر فليس معناه انّ المجيز اجاز البيع الغير الخيارى بل اجاز البيع الخيارى و لذا لو سئل لاجاب هكذا فح يثبت للبايع الخيار و لا يلزم ورود الاجازة بما لم يقع و كون ما وقع خاليا عن الاجازة و هذا معنى خيار تبعض الصفقة و هذا بخلاف صورة عدم المطابقة فى الشرط فان الاجازة لم تقع على العقد كما عرفت ٠

و بعبارة اخرى : انّ صورة عدم المطابقة بالجزئية و الكلّيّة نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى فقبل المشترى أحدهما دون الاخر فهل يتوهم احد انّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الايجاب و القبول بمورد واحد و كذلك مانحن فيه و هذا أمر واضح في الاصيلين وغيرهما و بذلك يبتنى خيار تبعض الصفقة ٠

فتحصل عدم بطلان الاجازة فى صورة عدم المطابقة بالجزئية و الكلية دون عدم المطابقة بالاطلاق و التقييد مع كون الشرط من الاصيل على المالك و من هنا ظهر انّه لاوجه لادراج صورة عدم المطابقة بالجزئية و الكلية تحت العقد فى تعذّر الشرط و جعل

الاختلاف بالجزئية و الكلّية و الاطلاق و التقييد و تعذر الشرط كلها من واد واحد ٠

ثم لوكان الشرط عند الاجازة و خارجا عن العقد و هذا ايضا تارة يكون من المالك على الاصيل و اخرى من الاصيل على المالك و اما لوكان من المالك على الاصيل بان باع الفضولى داره من الاصيل خمسين دينارا و اجازه المالك مع اشتراط سكنى سنة فى تلك الدار فذكر المصنف وجوها فى ذلك الاول القول بالصحة و الثانى الصحة لو اجازه الاصيل و الثالث البطلان بمعنى انّ العقد الفضولى لا يمكن الحكم بصحته بهذه الاجازة لان ما وقع عليه العقد لم يجز و ما أجيز غير الواقع فتكون تلك الاجازة باطلة و لا توجب استناد العقد الى المالك بل لا بدّ فى ذلك من اجازة اخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى انّه و ان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائية اما من جهة الاجمال كما ذكره بعضهم و اما من جهة اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطا بين الشئ و شئ اخر فما لم يرتبط أحدهما بالاخر لا يطلق عليه الشرط و من هنا قال فى القاموس ان الشريط يطلق عليه ذلك باعتبار ربطه احد الشيئين بالاخر و هذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد و من قال بوجوب الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا ايضا و لكن لا دليل عليه و انّما هو خلاف الاخلاق و لكن ما نحن فيه ليس كذلك فانّه يكون ذلك الشرط بالاجازة شرطا فى ضمن العقد و التزاما فى التزام ٠

بيان ذلك انّ الاجازة كما تقدم مثل القبول فى استناد العقد الى المالك فلو باع احد متاعه من زيد منجزا و مطلقا من دون اشتراط

من الطرفين على الاخر ولكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط وحصوله والا فلا يلتزم بالايجاب ٠

وبعبارة اخرى : يلتزم بقبول الايجاب ونسبته الى نفسه على ان يكون له على الموجب ذلك الشرط والا فلا يلتزم وح لولم يرض الموجب بهذا المشرط يبطل الايجاب والقبول لعدم ورودهما على مورد واحد وعدم ارتباط احدهما بالاخر فيكونان باطلين واما اذا رضى الموجب على ذلك فيصح بلا شبهة لعدم القصور من شمول المؤمنون عند شروطهم عليه وانّما الخارج منه بالاجماع او باقتضاء لفظ الشرط هو الشروط الابتدائية واما غيرها فلا ٠

غاية الامر لم يكن ذلك الشرط مذكورا عند الايجاب و موجودا وقته و تأخر الموجب فى ذلك عن القابل ولادليل لنا على وجوب ذكر الشروط فى الايجاب بل المناط فى لزومها وعدم شمول دليل وجوب الوفاء عليه و عدمه وهذا فى غاية الوضوح فأمر الاجازة أمر القبول كما تقدم وأما لوكان من الاصيل على المالك بأن اجاز المالك مع شرط للاصيل على نفسه وهذا لا شبهة فى صحته بالدلالة الالتزامية الفحوائية فانّ المالك قد أجاز البيع الذى كان الاصيل ملتزما به مع اضافة شرط عليه على نفسه وقد كان الاصيل ملتزما بالبيع مطلقا و بدون الشرط فبالاولوية نكشف التزامه بالبيع مع هذا الشرط الذى مرجعه الى جعل الخيار وقد تقدم نظير ذلك فى رواية البارقى و قلنا انّ رسول اللّه ص وان كان قد وكّله بشراء الشاة بدينارين الا انّه بالاولوية قد وكّله فى شرائها بدينار ايضا فيكون شرائه الشاة بدينار

من جهة التوكيل فتكون الرواية خارجة عن الفضولية فان من وكل الغير شراء دار بخمسين دينارا فبالاولوية راض بشرائه بعشرين هذا و اغتنم ·

قوله: و اما القول فى المجيز فاستقصائه يتم ببيان امور·

اقول : الاول ذكر انه يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف فلا تجوز الاجازة ممّن لا يجوز التصرف فى حقه و هذه قضية قياسها معها فانك عرفت مرارا انّ الاجازة من الاحكام الشرعية الثابتة للملاك بالنسبة الى اموالهم نظير جواز البيع غاية الامر انّ جواز البيع حكم ابتدائى و الاجازة أمر متأخر و قد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولى فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا تجوز له الاجازة لكونها بيعا حقيقة فانّ العقد قبلها لم يكن مستند الى المالك و لم يكن بيعه وحين الاجازة ثار بيعا له كما انّه باع من الاول مباشرة و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو النقل فانّ هذا انّما بعد الفراغ من صحة الاجازة والفرض انّ الاجازة غير صحيحة و هكذا الامر فى كل مورد لا تصح الاجازة ·

و بعبارة اخرى : انّ حكم الاجازة حكم البيع الابتدائى فيشترط فيها ما يشترط فى البيع وعلى هذا فلو باع الفضولى ما تعلق بحق الغرماء أو المرتهن فاجازة المفلّس أو الراهن بنفسها لا توئثر فيه بوجه

و الامر الثانى : انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد والا فيبطل العقد الفضولى فصحته مشروطة بذلك الشرط و قد ذكروا فى وجه ذلك وجهين ، الاول ، ما عن قواعد العلامة من انّ صحة العقد بدونه يمتنع فاذا امتنع فى زمان فيمتنع فى جميع الازمنة لعدم الفرق فى

الامتناع بين قلة الزمان وكثرته ٠

الثانى بلزوم الضررعلى الاصيل فأنّه لوكان مثل ذلك العقد صحيحا و شمله الاطلاقات فيلزم من ذلك ضررعظيم على الاصيل مع عدم وجود مجيزعند العقد من شأنه ان يجيز العقد لانّه لايجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل اليه فادلة نفى الضررينفى لزوم ذلك العقد وهذا يتصورعلى وجوه ٠

الاول : ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه ان يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا او شرعا اولم يكن و الا فيبطل وعلى هذا فلا موقع لهذا الشرط فى الاموال حتى عند العامة ايضا اذ ما من مال الاوله من يجوز تصديه بالتصرف بيعا أوغير بيع اما المالك أو الولى أما عندنا فلوجود ولىّ الامرصاحب العصر عجل الله فرجه فانّه الولى المطلق فاىّ مال لم يكن له مالك يجوزله بيعه و تصرفه فوليّه هو الامام (ع) و نعم ما ذكرالبيضاوى انّ هذا الشرط لاموقع له عند العامّة لقولهم بوجود الامام (ع) فى كل زمان و اما عند العامة فكذلك ايضا لانهم ايضا قالوا بوجود ولىّ الامرفى كل زمان غايتهم يخطئون فى تطبيقه على واقعه فذات المجيزموجود فى كل مال حين وقوع البيع عليه فضولا نعم يصحّ فى النكاح بناءً على عدم ولاية احد حتى الامام عليه السلام.

الثانى : ان يكون المراد منه وجود المجيز المتمكن عقلا ٠

الثالث : ان يكون المراد منه وجوده المتمكن منه شرعا ٠

و بعبارة اخرى من الاول : انّ الكلام هنا أى فى شرائط المجيز يقع فى ضمن مسائل ٠

الاولى : انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرّف حال الاجازة فلا يجوز لمن لايجوز له ذلك وقد تقدم هذا ٠

المسئلة الثانية : ان يكون موجودا حال العقد و قد ذكر العلامة (ره) انّ الممتنع فى زمان ممتنع دائما و اضاف اليه الشيخ بكونه ضررا على الاصيل فانّه لايجوز له التصرف فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الاجازة و لافيما انتقل عنه لاحتمال كونه ملكا للغير بالاجازة فلو بقى العقد الفضولى على النحو الذى وجد لكان ضررا على الاصيل ٠

ثمّ انّ هذا الشرط يتصورعلى وجوه ٠

الاول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقدوجود ذات المجيز و من يكون من شأنه اجازة العقد سواء كان متمكنا عقلا أو شرعا أو لم يكن متمكنا منهما ، و هذا الشرط انّما يتم على غير مذهب الامامية و اما على مذهبهم القائلين بوجود الامام فى كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوى اذ لم يوجد عقد فى العالم الا و له مجيز و من شأنه ذلك لكون الامام (ع) عندنا ولىّ الامر من جميع الجهات فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا نعم عند غير الامامية يمكن ذلك وكذلك عندهم اذ لم نقل بكونه وليّا فى جميع الامور حتى النكاح مثلا ـ الثانى ـ ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الاجازة عقلا بان لا يكون مانع عقلى من ذلك حال العقد كالنوم و الغياب و نحو ذلك ممّا يوجب عدم الوصول اليه حين العقد فانه ح يحكم بفساد العقد وهذاالوجه ايضا لاحق بالاول فلا فائدة فى البحث عنهما فانّه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعد الغائه فيكونان لغوا بالاولوية مضافا الى ورود

الروايات فى صحة نكاح الصغيرين مع عدم التمكن من الاجازة الفعلية عند العقد وكذلك صحيحة محمد بن قيس و رواية البارقى فهذا ان الوجهان ليسابمهمّ والعمدة هو الوجه الثالث ٠

الثالث : ان يكون المراد من ذلك التمكن الشرعى بان لايكون مانع شرعى من الاجازة حال العقد فلو باع الفضولى مال اليتيم من غيرغبطة و مصلحة فيه مع حضور الولى ثم صار ذلك البيع ذا مصلحة كما اذا باع داره بخمسين مع كون قيمتها مائة ولكن صار وقت الاجازة ذا مصلحة لكونها فى شرف الخراب فلا يصح ذلك على هذا الشرط فانّ ذات المجيز و ان كان موجودا حال العقد و له تمكّن عقلى ايضا من الاجازة عنده الا انّ اجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطلة ولولم يكن يجيز حال العقد فانه منهى عن التصرف فى ماله الا بوجه حسن وهذه الاجازة تصرف و بيع بلا وجه حسن فتكون باطلة و يكون العقد باطلا ولكن الظاهر عدم اعتبار ذلك و يظهرمنه بطلان الوجهين الاولين و يظهر حكمه من عكس المسئلة كما اذا فرضنا انّ الفضولى باع مال اليتيم مع مصلحة فيه فاذا اراد الولى ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحة فى حق اليتيم ووصل اليه الخبر بترقى المال على اضعاف مقابل ما باعه الفضولى فلا شبهة فى عدم صحة اجازته و نفوذه وكون البيع باطلا فانّ البيع و ان كان ذا مصلحة حال العقد ولكن ليس فيه مصلحة حال الاجازة و المناط وجودها عندها لانّ زمان الاجازة كان زمان البيع حقيقة و نقطة شمول اوفوا بالعقود عليه فحيث انّه فى هذا الزمان غير مصلحة فى حق اليتيم فيكون باطلا و السرفى ذلك هو ما تقدم انّ حكم الاجازة حكم البيع

الابتدائی فكما لايصح بيع مال اليتيم بلا مصلحة ابتداء فكذلك لايصح اجازة بيعه لكون العقد بالاجازة مستندا الى الولى ٠

و بعبارة أخرى : قد نهينا عن التقرب بمال اليتيم بغير وجه حسن و اجازة الولى بيع مال اليتيم فضولة عند عدم الصلاح فيه حال الاجازة ولوكان فيه مصلحة حال العقد تقرب بغير وجه احسن فلا تكون نافذة اذ المناط فى كون البيع ذا مصلحة حال الاجازة ٠

و من هنا يظهر حكم ما نحن فيه اذا البيع ولوكان خاليا عن المصلحة عند العقد و لكن جالها عند الاجازة فكما يصح البيع الابتدائی عند وجود المصلحة فيه فكذلك تصح الاجازة للبيع الفضولى فان زمان الاجازة هو زمان تحقق البيع حقيقة و زمان شمول العمومات اذا ـ فاشتراط كون المجيز متمكنا من الاجازة حال العقد شرعا لا موقع له بل المناط التمكن حال الاجازة و من هنا لو كان فاقدا للتمكن الشرعى حال العقد و صار واجداً له حال الاجازة فتصح اجازته و من هنا اتضح حكم القسمين الاولين بالاولوية وكذلك اتضح انه لايفرق هنا بين القول بالكشف و النقل كما تقدم و اما ما ذكره العلامة (ره) من انّ الممتنع فى زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلك الامتناع الذاتى فالكبرى امر مسلم كالاجتماع الضدين و النقيضين و الدور و التسلسل التى مرجع كلّها الى اجتماع النقيضين و من هنا يسمّى مبدئ المبادى فانّ امثال ذلك انّ الشئ اذا امتنع فى زمان فيكون ممتنعا دائما لانه لايحتمل انّ اجتماع النقيضين يكون محالا فى زمان و غير مستحيل فى زمان اخر بل هو محال بذاته و لكن الصغرى ليس بمسلم اذ الامتناع فى امثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحة

عقد الفضولی ممتنعا لیس بذاته بل هو بالغیر و من جهة عدم العلّة والمصلحة و ان کان المراد من الامتناع هو الامتناع الغیری فهو مسلّم صغری اذ عدم صحة عقد الفضولی حال العقد انما هو لاجل عدم المصلحة فیه عنده و لکن الکبری لیس بمسلم لان الممتنع بالغیر فی زمان لایکون ممتنعا دائما فیجوز ان یکون ممتنعا فی زمان لاجل عدم علته و ممکنا فی زمان اخر بل واجبا لوجود علته و من هنا قال الشیخ الرئیس انّ الممکن من ناحیة علته الیس و من عدم علته لیس و بالجملة الامتناع الغیری تابع لعدم علته فکما کانت معدومة فینعدم و اذا وجدت العلة یخرج المعلول من الامتناع فضلا عن ان یکون ممتنعا دائما و هذا واضح جدا فلا ندری ماذا اراد العلامة من کلامه هذا و هو بعید بمقاله و اما ما ذکر المصنف من کون عدم الاشتراط ضررا علی الاصیل لکونه ممنوعا من التصرف فی ما انتقل عنه لاحتمال الاجازة وکونه مال الغیر فیکون التصرف حراما و لافیما انتقل الیه لاحتمال عدم الاجازة وکونه ایضا تصرفا فی مال الغیر فیکون حراما .

و فیه اولا انّ الضرر انما ینشأ من اللزوم ای من لزوم العقد و قد اثبتنا عدم لزومه من الاول و انما یکون لازما بالاجازة فاذا لم یتحمل الاصیل بالضرر فله الفسخ و یجوز له التصرف بدون الفسخ مستندا الی اصالة عدم الاجازة فلم یشمل علیه من حین العقد اوفوا بالعقود حتی یمنع من التصرفات .

و ثانیا تقدم من المصنف انّه لایجوز للاصیل ان یتصرّف فیما انتقل الیه و لافیما انتقل عنه الی زمان الاجازة لعدم العلم بالاجازة وعدمها فاذا ننقض ما ذکره هنا بما تقدم بانه لو تضرر الاصیل الی

زمان الاجازة فى غير المقام فباىّ وجه اجبتم هناك فمثله يجيب هنا ايضا من القول بجواز الفسخ او انّه اقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ اوغير ذلك و بالجملة ليس للمقام خصوصية ليوجب انكار صحة الفضولى عند عدم وجود مجيز حال العقد و لا ينكر صحة اصل الفضولى و قد تقدم عدم تمامية الاستدلال بادلة نفى الضرر هنا فراجع ·

قوله الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد ·

اقول : و هذه المسئلة الثالثة تتصور على ثلثة انحاء الاول ان يكون عدم جواز التصرف من ناحية عدم المقتضى كما اذا باع الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا عند عمرو و انما ملكه بين العقد و الاجازة باع شيئا لنفسه و كان لغيره ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد من جهة فقدان شرطه كما اذا باع الفضولى مال اليتم او السفيه او المحجور لفلس ثم صاروا واجدين للشرائط فانّ عدم كون المجيز ممن يجوز له التصرّف حال العقد من جهة عدم تحقق شرط التصرف و الا فالمقتضى لذلك موجود و هو كونه مالكا حال العقد ·

الثالث ان يكون ذلك من جهة وجود المانع بان كان المقتضى و الشرط كلاهما موجودين و لكن يقترنان بمانع يوجب عزل المقتضى و الشرط عن التاثير و هذا كما اذا باع الفضولى مال الراهن فضولا فانّ الراهن مالك حقيقة و شرائط التصرف موجود فيه و لكن افترن ذلك بمانع اوجب منعه عن التاثير و عن جواز التصرف ·

فهل يحكم فى هذه الصورة ببطلان البيع الفضولى او بالصحة فللمجتران يجيز العقد بعد تجدد المقتض و احتوائه الشرائط و ارتفاع

الموانع او يفصّل بينها فيحكم بالصحة فى بعضها و بالبطلان فى بعضها الاخر وجوه ٠

اما الصورة الاولى فالبحث فيها من جهات ثلث الاولى ان لا يكون المجيز جائز التصرف حال العقد واقعا الثانى ان لا يكون المجيز جائز التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهرى فى حقه وحكم بعدم جواز التصرف فيه ٠

الثالث ان يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيّلا و توهّمامن غير ان يكون كك واقعا او يتم فى حقه الحكم الظاهرى فى مرحلة الشك فالجامع فى الجميع هوعدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلى مع العلم به فهذه الصورة بعينها هى مسئلة من باع شيئا ثم ملك فهى مسئلة معروفة و سياتى الكلام فيها و اما الصورة الثانية فالظاهر انّه لا شبهة فى صحة العقدوعدم اشتراطها بكون المجيز جائز التصرف حال العقد بل يكفى فى صحته كونه جائز التصرف حال الاجازة و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه و قيوده و تحقق حاويا لها من القصد وغيره فى صحيفة الوجود خلا استناده الى من له العقد ولابدّ وان يستند اليه و اذا كان المجيز حين اجازته قابلا لذلك و صح ان يستند اليه ذلك العقد فما المانع من شمول العمومات عليه والحكم بصحته فذلك حين انعقاده وان كان غيرواجد لمجيزيجوز تصرفه الا غير شرط فى صحته بل يكفينا الشك فى ذلك فندفعه بالعمومات فلذلك العقد صحة تاهليّة فنحكم بالصحة كما هو واضح و الذى يوضح ذلك انه لوعقد صبى او سفيه عقدا بناء على عدم كونهما مسلوب العبارة فاجازة الولى او اجازا بعد ارتفاع اليتم و السفه ـ

و صيرورة الصبى بالغا و السفيه رشيدا فهل يتوهّم احد بطلان ذلك العقد فمقامنا هذا من هذا القبيل ٠

نعم فى المجنون اذا عقد بسفه ثم افاق و اجاز العقد لا وجه من الحكم بالصحة بعدم تمشى القصد منه على العقد فيكون باطلا من هذه الجهة و بالجملة سواء كان المتصدى بالعقد هو السفيه و الصبى بنفسهما بان باعا مالهما مباشرة ام كان المتصدى لذلك شخص فضولة ثم اجازا فلا شبهة فى صحة ذلك البيع و لا يضر عدم كون المجيز حين الاجازة جائز التصرف بل يكفى كونهما واجدين للشرط حين الاجازة و ذلك لانّ العقد تام من جميع الجهات الامن جهة الاستناد الى من له الاستناد فقد استند اليه عند الاجازة من غير ان يكون عنه مانع بوجه ٠

اما الصورة الثالثة فهى اقتران بالمانع كما اذا باع الراهن او المرتهن او الفضولى مال الرهانة ثم اجاز الراهن بعد فك الرهن و جواز تصرفه فيه حيث انّ الرّاهن لم يكن جائز التصرف حال العقد و انما صار كذلك حين الاجازة فهل يصح هذا العقد ام لا او يفصل الظاهر انّه لامانع من الحكم بصحة العقد هنا ايضا لما تقدّم ان للعقد تمام التاثير من سائر الجهات باجمعها الا من جهة الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد باجازته اذا كانت حين كون الرّاهن جائز التصرف خصوصا اذا كان البايع هو المرتهن فانّ تصديه بالبيع كاشف عن عدم كون حقه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضولية و بالجملة قد عرفت مرارا ان حكم الاجازة حكم البيع الابتدائى فكما انّ المناط فى تماميته صحة البيع من جميع الجهات فى البيع الابتدائى هو

زمان العقد فكك فى البيع الفضولى هو زمان الاجازة فى الشروط التى ترجع الى المالك دون العاقد وقد فصل بين بيع المرتهن الرهن فحكم بصحته و بين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده وحاصل الفارق انّ بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولى فهو تمام من جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات باجازة الراهن و هذا بخلاف الراهن فانه وان كان مالكا و لكن الشارع قد منع عن جواز بيعه العين المرهونة لتعلق حق الغير بها و الغى بذلك استناد المبيع اليه فيكون بيعه هذا غير مستند اليه وان كان تمام من سائر الجهات فالبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعا و معلقامن دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفيه و البيع الفضولى فانّ البيع فى لجميع يستند الى المالك بالاجازة بعد البلوغ و الرشد فى الاولين و الاجازة فى الثالث او الى من له العقد اعنى الولى فيتم العقد من جميع الجهات و لم يلغ الشارع اللاستناد بالكلية فى امثال تلك المذكورات و هذا بخلاف الراهن فانه الغى استناده اليه و هو نظير تزويج الرجل بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة حيث انّ الشارع الغى استناد ذلك العقد الى الزوج من دون اذن العمة والخالة فيكون فاسدا و بالجملة كان اساس المنع ان العقد الذى وقع له ينتسب الى المالك لالغاء الشارع استناده اليه مع تعلّق الغير بالعين و الفرض انه لم يقع هنا عقد اخر بعد انفكاك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلا و لا توجب انفكاك الرهن صحته ولا انّ اجازته توجب الصحة لو كان العقد الواقع عليه فضولة فلايكون ذلك العقد مشمولا للعمومات و فيه الظاهر انّه لا فرق فى الحكم

بالصحة و الاستناد بين بيع الراهن و المرتهن و غير البيوع الفضولية و كلها قابلة الاستناد الى المجيز و لها صحة تأهلية ٠

و ذلك فانّ اجازة المرتهن و العمة و الخالة وان كانت دخيلة فى صحة العقد و لكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحة التأهلية و عن قابلية الاستناد الى من له العقد بعد تماميّة سائر الشرائط و اجازة من لاجازته دخل فى صحة العقد فانه لا نر مانعا عن شمول ادلة صحة العقود على ذلك بوجه غاية الامر لابد من ملاحظة ما يدل على دخالة اجازة الغير فى صحة العقد فبذلك المقدار نرفع اليد عن اللزوم و انما نحكم به بعد اجازة الغير و اما المقدار الزائد فلا و ليس فى الادلة الدالة على دخالة اجازة الغير ما يدل على بطلان العقد بالكلية بدون اجازة المرتهن او العمة و الخالة كما لا يخفى ٠

فيكون ذلك تخصيصا لادلة اللزوم من الاول نظير تخصيصها بالادلة الدالة على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد و ليس ذلك تخصيصا فى الافراد حتى يتوهم عدم امكان التمسك بالعمومات فى مقام الشك بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن٠

و يؤيد ذلك الاخبار الواردة فى نكاح الصغيرين حيث انّ ـ الصغيرين ليسا ممن يستند اليهما العقد عنده ٠

وكك يدل على ذلك الادلة الواردة فى صحة نكاح العبد بدون اذن المولى حيث علل بانه لم يعص اللّه و انما عصى سيده ففى المقام ايضا انّ الراهن فى بيعه هذا لم يعص اللّه وانما عصى المرتهن فيكون عقده و بيعه صحيحا و يتم من جميع الجهات باجازة

المرتهن فهذا لا شبهة فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى ٠

و يؤيد ذلك بيع الصرف والسلم حيث انّ العقد حين وقوعه لم ينتسب الى من له البيع الى زمان القبض لاشتراطه به و انما ينتسب بعد تحقق شرطه و هو القبض و يكون مشمولا لاوفوا بالعقود و مقامنا كك فانّ العقد الصادر من الراهن لم يكن مستندا الى الراهن حين الصدور من جهة المانع وكان باطلا بمعنى عدم ترتب الاثر عليه و لكن بعد ارتفاع المانع يكون منتسبا الى المالك و مشمولا للعمومات كماهو واضح

و بعبارة اخرى : انّ المقام من صغريات دوران الامر بين التخصيص و التقييد و قد تحقق فى محلّه انّ التقيد مقدّم على التخصيص لكونه قدرا متيقنا مثلا اذا ورد اكرم العلمأ وعلمنا بخروج زيد العالم عنه فى اليوم الاول يقينا و لكن نشك فى خروجه الى الابد او فى اليوم الاول فحينئذ يدور الامر بين تقييد العام باليوم الاول و الالتزام به من جهة طروّ حالة موجبة للتقييد و بين تخصيصه و اخراج الخاص من تحته الى الابد فيؤخذ القدر المتيقن لانّه المتيقن الخروج و تمسّك بالعام فى الازمنة الاخرى و مقامنا كذلك حيث ورد التقيد قطعا للعمومات ببيع الراهن حين تعلّق حق الرهانة بالعين الموهونة و خرج بيعه هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس و لكن نشك انّ هذا الخروج باعتبار تلك الحالة فقط اعنى حالة تعلق حق المرتهن عليها ليكون الاخراج تقييدا او ابدى ليكون الخروج تخصيصا فحيث انّ القدر المتيقن هو الاول فالمقدار الزائد منه مشكوك فنلتزم بالتقييد فنتمسك بالعمومات فى المقدار الزائد و هذا واضح جدا ٠

و قد بقى هنا امران الاول انّه بعد الالتزام بصحة بيع الراهن

وعدم منع تعلّق حق المرتهن بالعين عن نفوذه و شمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه و انفكاك الرهن فهل لاجازة المرتهن دخالة فى صحة ذلك البيع الذى كان المالك غير جائز التصرف حين العقد وكان البيع واقعا فضولة او اصالة من الراهن بعد فكّ الرهن باعتبار دخالتها قبل الفك وحين صدور العقد ام لا الظاهر عدم دخالة رضاه فى صحة ذلك العقد فانّ عقد الراهن كان تمام الجهات و واجدا للشروط من سائر الجهات باجمعها الا من جهة الاستناد الى المالك لمنع تعلّق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تماما من جهة الاستناد ايضا فيشمله العمومات و بعد ذلك تعليق صحته الى شئ اخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل و اذا شككنا فى دخالته فى صحة العقد فندفعه بالعمومات ·

الامر الثانى و هو المهم انّه هل هذا كسائر البيوع الفضولية فى جريان نزاع الكشف و النقل فيه او انّ له امتياز عنها قولان و الحق امتيازه عنها لانّ الظاهر انّه لا ملازمة بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعا للمحقق الثانى و من تبعه فانه(ره) مع اسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فاذا باع الراهن العين المرهونة فلا تكون الملكية حاصلة من حين العقد و هكذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك انّ اساس قولنا بالكشف فى هناك هو انّ العقد كان واقعا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشرائط الا جهة الانتساب فاذا انتسب اليه بالاجازة فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الاجازة و تثبت صحة العقد و

ترتب الاثرعليه من الاول لجواز تعلّق الاجازة بالامر المتقدم كجواز تعلقها بالامر الحالى و الامر المتاخر لكونها من الامور التعلقية كماعرفت وهذا بخلاف ما نحن فيه فانّ عدم تمامية العقد على العين المرهونة حين العقد لم يكن مستندا الى جهة عدم الانتساب الى المالك بل كان مستندا الى المالك لوكان الراهن هو البايع وعلى تقدير كونه الفضولى فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و الثانية جهة تعلق حق الغير به وعدم كون المجيز جائز التصرف حين العقد بل كان فاقدا لشرط اخر و هو خلّوه عن رضاية من رضايته شرط فى صحة العقد و هو حق المرتهن ولذا لوكان البايع هو الراهن اوغير الراهن فضولة و اجاز الراهن قبل اداء الدين و فك الرهن لايكون العقد ايضا مشمولا للعمومات لاقترانه بالمانع وهو حق المرتهن وعلى هذا فلو باع الفضولى العين المرهونة او الراهن فى يوم السبت و انفك الرهن يوم الاحد و اجاز الراهن يوم الاثنين فلا يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما اذا كان البايع هو الفضولى وعدم وجدانه تمام الشرائط لوكان هو الراهن و فقدان رضاية المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فانّ ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فاذا رضى المالك بالعقد فيكون نافذا من زمان الفك و الانحصار المانع بعدم رضاية المالك ٠

و بعبارة اخرى : انّ رضاية المجيز المالك تصلح العقد من جهة الموانع التى ترجع اليه ومن ناحيته دون الموانع التى من ناحية الغير فانّ الناس مسلطون على اموالهم و شئونهم و حقوقهم

فلیس لاحد التصرف فیما یکون موردا لسلطنة الغیر و یکون ذلك موجبا لازالة حقه فلابدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنی و هو فی الحقیقة متوسط بین الکشف و النقل المتقدمین و هذا نظیر بیع الصرف فانّه لو باع احد مقدارا من الذهب فضولة ثم حصل القبض بعد ساعتین و اجاز المالك ذلك البیع بعد اربعة ساعات فهل یکشف ذلك الاجازة من حصول النقل من زمان العقد مع انّ شرطه و هو القبض غیر حاصل بل اجازته هذه تکشف عن حصول النقل و الانتقال من زمان القبض فانّ المانع عن النقل و الانتقال الی زمان القبض لم یکن مستندا الی عدم رضایة المالك فقط بل کان بعد القبض ایضاموجبا لعدم حصول النقل و الانتقال و من هنا کان الامر کك لوکان المتصدی بالبیع هما الاصیلان فهل یزید بیع الفضولی علی بیع الاصیلین فلیس کك فافهم ·

و بالجملة لانعقل وجها للقول بالکشف من حین العقدفی بیع الفضولی العین المرهونة کما لایمکن ان یتفوه بذلك فی بیع الصرف ایضا ·

هذا کلّه فیما اذا کان عدم جواز التصرف مستندا الی فقدان الشرط او وجود المانع و اما المسئلة الاخری فهی ما کان ذلك مستندا الی عدم المقتضی فقد عرفت انّ هذه المسئلة منحلة الی ثلث مسائل ·

الاولی ان یبیع شخص ما لانفسه مع العلم بعدم ملکه له حال العقد واقعا ثم ملکه اما بالاختیار کالبیع و نحوه او بالنواقل القهریة کالارث فهل یمکن الحکم بصحة ذلك بحسب القواعد ام لا و قد نسب

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسئلة بيع المالك العين الزكوى بعد تمام النصاب و قبل اخراج الزكوة حيث التزم الشيخ الطوسى بصحة البيع و يلزم للمالك اداء الزكوة من ماله مع انّ هذه المسئلة من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شئ ليس للبايع مالكيّة لها ثم ملكه فانّ حق الفقراء قد تعلّق بالمال وكانوا شركاء معهم بايّ نحو كانت الشركة سواء كان بعنوان الشركة الحقيقيه او من باب الكلّى فى المعين .

و فيه : انّ الظاهر انّ الشيخ لم يفت فى هذه المسئلة بالجواز من جهة القواعد بل لورود النص الصحيح عليه و قد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكات و هى صحيحة عبدالرحمن البصرى قلت للصادق(ع) رجل لم يزك ابله و شاته عامين فباعها على من اشتريها ان يزكها لما مضى قال نعم توخذ زكوتها ويتبع البايع او يؤدى زكوتها البايع و العجب من المحقق كيف رضى القول بالاشكال على الشيخ مع ورد النص عليه وغفل عن النص كما انّ العجب من المصنف حيث احتمل انّه الا ان يكون مراد الشيخ من الحكم بصحة البيع جعل المقام مثل بيع العين التى تعلق بها حق الديان اوحق المرتهن ولم يحتمل كون الشيخ مستندا الى الرواية واذن لاوجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوى بالمقام لكونها منصوصة بل لابد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد .

و الحاصل انّ الكلام فى عدم كون المجيز جائز التصرف حال العقد من جهة المقتضى يقع فى ضمن مسائل .

الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع ام لا

كما اذا باع الابن مال ابيه ثم ملكه بالقهر كالارث او بالبيع و على تقدير الصحة نتكلم فى انّه محتاج الى الاجازة ام لا و قد ذكرنا انّه لا ملازمة بين هذه المسئلة و بين مسئلة بيع العين الزكوى كما ذكرها المصنف فى المتن فانّ اصل مسئلة بيع العين الزكوى و ان كانت من صغريات هذه المسئلة بناء على تعلّق الزكوة بالعين وكون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركة على نحو الاشاعة او على نحو الكلى فى المعيّن و لكن المسئلة منصوصة فجواز بيعها لا يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فانّه و رد النص على ما فى حاشية السيّد انه لو باع المالك العين الزكوى فيكون البيع صحيحا فتكون الزكوة على البايع بان يؤديها من ماله او تتبع المال فيودّيها المشترى فهذا امر آخر لا ربط له بما نحن فيه من الكبرى الكلية فارجاع الشيخ المسئلة الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة فقد عرفت جوابه فلابدّ من صرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد و قبل تحقيق المقام لابد و ان يعلم انّ مقتضى العمومات و الاطلاقات صحة تلك المعاملة فلابدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص ليوجب تقييدها اوتخصيصها اذا عرفت ذلك .

اعلم انّ المسئلة ذات قولين قول بالصحة كما عليه المصنف و جمع كثير غيره و قول بعدم الصحة وعليه جماعة اخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد اللّه التسترى و قد استدل على البطلان بوجوه قد اشار اليها المصنف و الى جوابها .

الاول الاشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه ثلثة و قد ذكر المصنف انّه لايجرى بعضها فى المقام .

الاول عدم تمشى القصد من الغاصب الى حقيقة المعاوضة فيكون باطلة وقد اجاب عنه شيخنا الاستاذ بوجه لايكون ذلك جوابا عما نحن فيه ولكن على ما اجبنا عنه به فيكون جوابا عنه هنا ايضا واما ما ذكره شيخنا الاستاذ فى تصحيح بيع الغاصب الذى لايجرى هنا فتوضيح ذلك على ما تقدم من شيخنا الاستاذ انّ من باع شيئا بما انّه مالك تارة يكون مالكا حقيقياً كما اذا كان مالكا للمبيع ٠

واخرى يكون مالكا ادعائيا نظير الحقيقة الادعائية فى المجاز على ما سلك به السكاكى طريق المجاز كما اذا غصب مال الغير فباعه لنفسه فانّه ليس بمالك حقيقة ولكن لاجل سرقته الاضافة المالية و نسبتها الى نفسه قد راى نفسه مالكا للعين وباع بادعاء انّه مالك وتخيّل وجود اضافة مالكيّة بين المال وبين نفسه كما يتخيّل كون المنية سبعا ويثبت له لوازم السبعية من الاظفار وهذا الوجه لا يجرى فى المقام فانّ البايع لايدّعى كون المال له ليتحقق له ملكا هنا ملكية ادعائية بل هو بعد على اقراره بانّ المال للغير وانّما باع هو مال الغير لنفسه فيكون ذلك الوجه غير جار فى المقام ومن هنا ذكر شيخنا الاستاذ انّ البايع لم يسرق الاضافة ولم يغصب المال فكيف يقصد المبادلة بين الثمن الذى يقصد تملّكه والمثمن الذى هو ملك لغيره مع انها تقتضى دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثمن ولكن قد تقدم انّ الوجه فى صحة بيع الغاصب غير ماذكره شيخنا الاستاذ ٠

وحاصله انّ حقيقة البيع كما مرّ مرارا ليست الا عبارة فى المبادلة بين المالين بحيث يدخل العوض المكان الذى خرج عنه المعوّض وكذلك

العكس و خصوصية قصد المالك ليست دخيلة فى صحة البيع بوجه و انّما هو امر زائد عن حقيقة البيع اذن لو باع مال لنفسه فقصد تلك الخصوصية فهو امر موافق للواقع و امر زائد عن حقيقة البيع لا يضرّ ولا ينفع و اذا باع مال غيره لنفسه فحقيقة البيع التى عبارة عن المبادلة بين المالين قد تحققت لعدم تقدّم حقيقة المبادلة والمعاملة بخصوصية المالك و انّما حقيقتها متقوّمة بتبديل المالين كما عرفت وهى انما تحصل بالمبادلة فى ملك المالك الواقعى ليكون التبديل فى الاضافة و هذا المعنى قد تحقق هنا غاية الامر انّ خصوصية كون البيع لنفس البايع مع عدم كونه مالكا امر زائد عن حقيقة البيع فقصد الامر الزائد عن حقيقة البيع الذى لا يوافق الواقع لا يوجب بطلان البيع ولا يضر بصحته و وجه صحة بيع الغاصب على هذا التقريب يجرى هنا ايضا لكونه بيعا حقيقة و مشمولا للعمومات فانّ ما اعتبر الرضاية فى البيع ليس الا آية التجارة و قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فلا شبهة انّ الشخص اذا باع مال غيره ثم ملكه يصدق عليه انّه تجارة عن تراض و طيب نفس و لعل مراد المصنف من قوله ربّما لا يجرى بعض الوجوه هنا هو هذا الوجه ٠

و اما ما ذكره شيخنا الاستاذ فشئ لا يمكن تصديقه اذ الغاصب لا يسرق الاضافة و انّما يغصب المال و اما الاضافة فامر اعتبارى يعتبره لنفسه فمجرّد ادعائه المالكيّة لا يوجب انقلاب الواقع عمّا هو عليه بناء على دخالة تعيّن المالك و قصده فى حقيقة البيع ٠

الثانى انّ الغاصب انّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على ذلك القصد فلاشبهة انّ البيع انّما يقع للمالك اذا اجاز دون الغاصب

فيلزم ح كون ما تعلّق به الاجازة غير ما وقع فلا يكون صحيحا اذا الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع ٠

و هذا الوجه من وجوه بطلان بيع الغاصب يجرى هنا ايضا اذ البايع لمال الغير لنفسه انّما باعه لنفسه و بقصد كونه له و اجازة المالك انّما هى بعنوان كونه له دون العاقد فيلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع و ليس ما اجازه المالك منشاء حتى يكون موردا للاجازة ٠

الوجه الثالث : انّ الاخبار تدل على انّ بيع ما لايملك حين العقد غير جائز و قد تقدمت الاشارة اليها واالى توجيهها و سياتى الكلام فيها تفصيلا ٠

و الحاصل ان من جملة الاشكالات التى اشكل به التسترى على صحة بيع مال الغير لنفسه ما اشكلوا به فى بيع الغاصب من عدم تحقق قصد البايع الى حقيقة المعاوضة و المبايعة فان حقيقتها مبادلة مال بمال بحيث يدخل العوض من كيس من خرج المعوّض منه لتحقق المبادلة بين المالين فى جهة الاضافة ٠

اقول : و قبل الدخول بتوضيح ذلك لابد و ان يعلم ان مقتضى العمومات و الاطلاقات صحة بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه لصدق البيع عليه فى العرف حقيقة فيكون مشمولا للعمومات و الاطلاقات فان ثبت من العقل و النقل دليل خاص يوجب تحصيصها او تقيدها فناخذ به و نقيّد بذلك او نخصّص الاطلاق و العمومات والا فنحكم بصحة المعاملة و هكذا الامر فى جميع الموارد اذا عرفت ذلك فنقول انّه و ان اجبنا عن ذلك الاشكال امس بما لا يضرّ ببيع الغاصب و لا ببيع

البایع مال الغیر لنفسه و لکن نقول فی الیوم ان بیع مال الغیر لنفسه ولکن نقول فی الیوم انّ بیع مال الغیر لنفسه یتصوّر علی قسمین ·

الاول ان یکون غرض البایع من ذلك بیع مال الغیر فعلا لیشتری منه بعد ذلك او یتملك بغیر الشری بحیث یعلم قطعا انّه یتملك ·

و بعبارة اخری یکون الانشاء فعلیّا و المنشأ استقبالیّا بحیث ینشأ فعلا ملکیّة مال الغیر لزید لیدخل الثمن فی مقابله فی کیسه و لکن ملکیّة متاخرة نظیر بیع مال نفسه بعد خمسة ایام و هذا لا شبهة فی صدق حقیقة المبایعة علیه و تحقق القصد من البایع الی ذلك و کونه مشمولا للعمومات و الاطلاقات بحیث لیس فیه محذور من هذه الجهة التی نحن بصددها بل لا یتوقف علی الاجازة اصلا لکونه خارجا عن البیع الفضولی و انّما باع مال نفسه ·

نعم نتوقف فیه من جهة التعلیق المجمع علی بطلانه فی العقود فانّ الانشاء هنا و ان کان حالیّا و لکن المنشأ عبارة عن ملکیة مال زید للمشتری بعد خمسة ایام نظیر باب الوصیة و لیس هذا التعلیق مثل قول البایع ان کان هذا لی فبعت عند الشك فی کونه له او لغیره او قال بعتك هذا ان قبلته فانّ امثال هذه التعلیقات التی هی راجعة الی التعلیق فی ارکان العقد المنکونة فی العقد حقیقة سواء صرّح به ام لا لا یضرّ بالصحة لکونها ممّا لا بدّ منه و خارجا فی معقد الاجماع القطعی الذی ادعوه فی المقام ·

اللهم الا ان یقال ان بطلان التعلیق انّما هو بالاجماع کما سمعت و هو دلیل لبّی فلابدّ من اخذ المتیقن من ذلك فهو فیما اذا کان البایع باع مال نفسه فلو علّقه علی شئ فحکم ببطلانه ـ

للتعليق للاجماع على بطلانه واما فيما كان التعليق فى بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخلا فى معقد الاجماع ٠

الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون الانشاء والمنشأ كليهما فعليين من دون ان يكون فى البين تعليق بان يكون المنشأ الملكيّة بعد خمسة ايام بل ينشأ ملكيّة مال زيد لعمرو فى مقابل خمسة دنانير ليدخل الثمن فى كيسه و يخرج المثمن من كيس زيد من غير ان يكون غرضه انشاء الملكية المتاخرة ليتملك بعد ذلك و يعطيه للمشترى وان كان غرض التسترى (ره) هذا الوجه الظاهر انّه لامدفع له لانتفاع حقيقة المبايعة فانّ حقيقتها المبادلة بين المالين و ذلك لايتحقق الا بكون العوض داخلا على كيس من خرج المعوّض من ذلك و من هنا قلنا سابقا انّ حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين المالين فى جهة الاضافة و بان يعقد العوض مكان المعوّض و المعوّض مكان العوض و الا فليس المراد من التبديل التبديل المكانى وعلى هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد الى حقيقة المبايعة و المبادلة و ما قلنا امس من عدم دخالة خصوصية المالك فى حقيقة البيع لكونها امرا زائدا عنها و ان كان صحيحا ولكن المقام ليس كك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصية بل راجعا الى هدم حقيقة البيع فانّه انّما لايضرّ عدم التوجه الى الخصوصيّات المالكية اذا كانت حقيقة البيع متحققه و انّما كان الاشتباه فى خصوصية المالك انّه هو او غيره كما اذا باع مال غيره اشتباها او بتخيّل انّه له فانّ القصد فى امثال ذلك انّما تعلّق بالمبادلة بين المالين بحيث يكون العوض داخلا مكان المعوّض و بالعكس غاية الامر

انّ الخطاء وقع فی تطبیق المالك علی غیر المالك .

نعم هذا یجری فی بیع الغاصب حیث انّه نزّل نفسه ادعاء منزلة المالك وجعل نفسه من مصادیق ذلك فانّ المبادلة انّما وقع بین المالین بحیث یکون العوض داخلا فی ملك طبیعی المالك و بالعکس و الخصوصیات الشخصیة المالکیّة خارجة عن حقیقة المبادلة و اذا باع شخص مال غیره کما فی الغاصب بدعوی انّه هو المالك نظیر دعوی الحقیقة الادعائیة فی المجاز علی ما سلکه السکاکی فقد حصلت المبادلة بین المالین حقیقة و اما اذا لم یکن کذلك و لاان یکون البیع مستندا الی الاشتباه و لا الی التخیّل بل مع العلم بانّ المال مال الغیر یبیع ذلك لیکون المعوّض خارجا من کیس مالکه و یدخل العوض داخلا بکیس نفسه البایع دون المالك فقد عرفت فی تعریف البیع انّه خارج عن حقیقة المبایعة و المبادلة و بالجملة ان الخصوصیّات المالکیة لاتضرّ بحقیقة المعاملة اذا لم توجب التزلزل فی حقیقة المبادلة و الا فلابدّ من اعتبارها علی النحو الذی عرفت .

لا یقال انّ من باع مال غیره لنفسه و ان لم یدعی کون نفسه مالکا تنزیلیّا و من مصادیق طبیعی المالك الا باعتبار کونه مالکا بعد مدة اما بالقهر او بالاختیار یکون مالکا بالفعل وحین العقد ایضا بالمجاز المشارفة .

فانّه یقال انّ المجاز المشارفة لایوجب تحقق البیع حقیقة و انّما یوجب کونه مالکا مجازا و ما صدر منه بیعا مجازا و لا یقاس ذلك بالادعائی فانّه یوجب تحقق البیع حقیقة .

الاشکال الثانی علی بطلان بیع مال الغیر لنفسه انّه لابدّ و

ان يكون بيع الفضولى واجد الجميع الشرائط وحاويا لها غير جهة رضاية المالك فاذا رضى المالك فيتم من جميع الجهات و يستند البيع اليه و يكون مشمولا للعمومات و مقامنا هذا ليس كك اذ البايع مال الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضاية المالك ليس قادرا على تسليم المبيع حين العقد مع انّه لا بدّ من اعتباره حين العقد بمقتضى الادلة وقد اجاب عنه المصنف بما حاصله انّ كلامنا فى المقام فى البيع الفضولى و انّ رضاية المتأخرة هل توجب صحة ذلك البيع ام لا فقد عرفت كفايتها فيها فانّ ما يدل على اعتبار رضاية المالك ليس الا آية التجارة و التوقيع الشريف الدال على حرمة التصرف فى مال الغير الا بطيب النفس ولا شبهة انّ البيع الفضولى بعد رضاية المالك تجارة عن تراض و اكل مال الغير بطيب نفسه و ليس مثل بيع مال الغير عدوانا وغصبا او نحو ذلك لئلا يصدق عليه التجارة عن تراض.

و اما كون ذلك البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان مستندا الى فقدان ذلك الشرط فغير مربوط بامر البيع الفضولى .

و فى مقامنا هذا انّ هذا البيع باطل من جهة عدم قدرة البايع على التسليم لانّا لا نضائق من اعتباره حال العقد لاجل الدليل الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلا لذلك لان من هو بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد و ان كان قادرا حين الاجازة و ما هو قادر على التسليم اعنى المالك ليس ببايع فتفسد المعاملة .

اقول اما التزامه بكفاية رضاية المالك عند الاجازة وكون البيع الفضولى بالاجازة تجارة عن تراض و اكلا لمال الغير بطيب النّفس

فمما لا شبهة فيه لعدم الدليل فى صدق التجارة عن تراض ازيد من استناد البيع الى المالك فهو حاصل بالاجازة ٠

و اما اعتباره القدرة على التسليم حال العقد فتارة نقول باعتبار نفس التسليم الخارجى و اخرى بالقدرة عليه اما الاول فلا دليل على اعتباره فى صحة العقد قطعا غاية الامر مع عدم التسليم الخارجى يثبت للمشترى او البايع مع عدم تسليم الثمن خيار تخلف الشرط ـ الضمنى لالتزام كل من البايع و المشترى ضمنا على التسليم كما لا يخفى و اما اعتبار القدرة على التسليم فليس عليه دليل الااحد الوجهين على سبيل منع الخلوّ فشئ منهما لايدل على مقصد المصنف احدهما كون ذلك البيع الذى لايقدر المالك على تسليم المبيع حال العقد خطريّا و غرريّا و قد نهى النبى ص عن بيع الغرر فيكون باطلا لذلك ٠

و فيه انّ الخطر و الخديعة الذى هو معنى الغرر انّما يتوجه عند الاجازة استناد البيع الى المالك الذى هو البايع حقيقة فانّ وقت الاجازة وقت تحقق البيع و حصول حقيقته و ترتّب اثاره واماقبل ذلك فالفضولى ليس الا عاقدا فلم يتحقق البيع حقيقة ليترتب عليه آثاره فهل يتوهم احد ترتب احكام البيع و اثاره على العاقد فالفضولى من هذه الجهة و لايفرق فى ذلك كونه مالكا حال العقد ايضا ام لا بل يكون مالكا بعد العقد كما باع الابن مال ابيه فمات و انتقل اليه او مال غيره فاشتراه بعد ذلك كالعاقد و ان كان فعله منشأ للاثر من جهات اخرى كما تقدم ٠

اذن فلا يكون ذلك دليلا على اعتبار القدرة على التسليم حال

العقد بل على اعتباره حال الاجازة فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلا من جهة عدم القدرة على التسليم ايضا فلا يكون ذلك مانعا من شمول العمومات و الاطلاقات على ذلك

و بعبارة اخرى : انّ الدليل انّما دلّ على اعتبار القدرة على التسليم للبايع بان يكون هو قادرا على تسليم ما باعه و عنوان البايعية انّما تحقق عند الاجازة فيكون المالك باجازته بايعا لانّ الفضولى المنشأ للعقد ليس ببايع حقيقة فيكون اعتبار القدرة على التسليم من حين الاجازة للمالك لاقبله فيكون المناط قدرة المالك حال الاجازة على التسليم سواء كان مالكا حين العقد ايضا ام لا ٠

الثانى قيام الاجماع على القدرة على التسليم فى البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلا ففى المقام انّ البايع ليس بقادر عليه حال العقد ٠

و فيه على تقدير قبول الاجماع فهو دليل لبّى فالمتيقن منه صورة كون البايع بايعا لمال نفسه فانّه ح نعتبر القدرة على التسليم حال العقد ٠

و اما فى بيع مال الغير لنفسه فنشك فى دخول ذلك فى معقد الاجماع فيكون خارجا عنه لعدم الاطلاق للادلة البينة ليشمل الموارد المشكوكة ايضا ٠

و اما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر فى صحة البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه و من هنا لو باع ماله من شخص ولم يسلم ذلك قهرا عليه فلا يوجب ذلك بطلان المعاملة كما تقدم نظير ذلك فى بيع السلاح لاعداء الدين نعم يثبت للمشترى خيار الفسخ

من جهة المخالفة بالشرط الضمنی حیث انّ البایع یستلزم و یشترط فی ضمنی العقد ان یسلم المبیع الی المشتری و الا فله ان یفسخ المعاملة لاجل مخالفة هذا الشرط .

الاشکال الثالث من اشکالات التستری انّه علی القول بالکشف وکون الاجازة کاشفة عن الملکیّة السابقة کما هو الحق واغمضنا النظر عن الاشکالین الاولین من منع تحقق حقیقة البیع او بطلانه من جهة عدم القدرة علی التسلیم انّه یلزم خروج المال عن ملك البایع قبل دخوله فیه فانّ الفرض انّه باع مال غیره لنفسه و لم یملك بعد وقد ملك المشتری علیه علی الفرض کما هو مقتضی القول بالکشف فح یلزم المحذور .

و قد اجاب شیخنا الانصاری عن هذا الاشکال .

بما حاصله انّ دلیل الکشف انّما یدلّ علیه فی مورد یکون قابلا لذلك لا فی مورد غیر قابل لذلك فاذا باع شخص مال غیره لنفسه ثم ملکه او باع مال غیره لغیره فضولا ثم ملك الغیر ذلك المال فاجاز البیع فیکون حصول الملکیة علی الکشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابلیة تحقق الکشف و یکون مبدء الکشف من زمان اشتراء البایع او من له البیع الفضولی الی زمان الاجازة فیما احتاج الیها و اما قبله فلیس المورد قابلا لحصول الملکیة حتی یستشکل فی ذلك و فی نحو حصولها .

و بعبارة اخری : انّ کشف الاجازة عن الملکیة انّما یترتب علی وجود الملکیة بحیث انّ الملکیة بمنزلة الموضوع للکشف و الکشف عنها بمنزلة الحکم المترتب علی الملکیة و اذا لم یکن من له البیع

مالكا فيكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالاجازة بل من نقطة من الزمان الذى يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطة ليس المورد قابلا لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل الى المشترى و يتصور الكشف وعلى هذا فيكون المال خارجا من ملك البايع بعد دخوله فى ملكه لاقبل دخوله فيه ٠

وعلى هذا لامانع من شمول العمومات لما نحن فيه فيكون المقتضى للصحة موجودا و ليس عن شمولها مانع عقلى او شرعى ليكون موجبا لرفع اليد عنها ٠

و بالجملة من حين وجود القابلية ان يخرج المال من ملك البايع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلك ٠

ثم قال لايقاس المقام بما تقدم فى الكشف و النقل انّه لو خصّ المالك على الكشف الاجازة بزمان متاخّرعن العقد حيث قلنا بعدم صحة ذلك و وجه عدم القياس انّ القابليّة للكشف هنا كموجود من الاول فتكون العمومات شاملة عليه من حين العقد بخلافه هنا فانّ العمومات كما عرفت شاملة عليه من زمان تكون القابلية لاقبله فيكون الاجازة فى الاول بعد العقد مع كون القابلية من حين العقد قادحة فى صحة العقد وغير موافقة للواقع ٠

و قد اشكل عليه شيخنا الاستاذ بانّه بناء على جواز رد المالك عقد الفضولى و اسقاطه عن قابلية لحوق الاجازة به و بناء على كون الرد متحققا بالفعل و القول معا كما بينا على ذلك فيما تقدم فيكون بيع المالك ذلك المال الذى باعه الفضولى ردّا عمليّا كالفسخ العملى فى باب الخيار و كالرجوع العملى فى باب الطلاق اذن فلا يبق

مجال لاجازة من له العقد ذلك العقد الفضولى لسقوطه عن قابلية لحوق الاجازة عليه .

و فيه بناء على قبول جواز ردّ المالك العقد الفضولى بمعنى اسقاطه عن قابلية لحوق الاجازة بها و انّ ذلك امر ثابت للمالك اما بالاجماع او بدليل السلطنة لكون ذلك ايضا حقا ثابتا له فى ماله و من شئون سلطنته و يرد عليه اوّلا انّ مقتضى الناس مسلطون على اموالهم كونهم مسلطين على اموال نفسهم لاعلى اموال غيرهم اذا بيع المالك ماله اوجب سقوط قابلية العقد عن لحوق الاجازة به فى ملك نفسه لافى ملك غيره فانّه بعد البيع صار ملكا للغير فله ان يجيز العقد المتعلق بذلك المال نظير موت المالك و انتقاله الى الورثة فكما للورثة ذلك فكك للمالك الثانى ذلك و السر فى جميع ذلك هو انّ خصوصية المالك غير دخيلة فى صحة البيع بل هو مبادلة مال مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر .

و ثانيا انّ الدليل اخصّ من المدعى فانّ هذا انّما يتم فيما اذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل الاختيارية كالبيع و الهبة و نحوهما و اما لو كان بالنواقل القهرية كالارث و نحوه فلا عمل هنا ليكون ذلك ردّا للبيع الاول كما هو واضح و من عجائب شيخنا الاستاذ حيث التزم انّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام المورّث فيكون الكشف هنا من الاول و من زمان العقد فانّه باى وجه يمكن الالتزام بانّ الوارث قائم مقام المورّث فيكون اجازته كاشفه عن الملكية من اول الامر و زمان العقد ليكون تبدل المالكين ايضا من هذا القبيل .

واما ما افاده شيخنا الانصارى من انّ الكشف من زمان القبول وهو اوّل حدوث الملكية لمن له العقد وفيه انّه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز والمجاز غير واقع حيث انّ المنشأ هو الملكية من زمان العقد والذى وقع هو هذا والاجازة تعلّقت على الملكية من زمان متاخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد اذا فلا مقتضى لصحة العقد لانّه ليس هنا عقد لتشمله العمومات

وبعبارة اخرى : انّ العقد الفضولى بمنزلة الايجاب والاجازة بمنزلة القبول فيما هو واقع هنا فايجاب ليس له قبول وما تعلق به الاجازة فقبول ليس له ايجاب فلا عقد هنا ليكون مشمولا للعمومات ٠

الاشكال الرابع : انّ العقد الاول الذى اوقعه البايع الفضولى وباع مال غيره لنفسه انّما يتوقف على صحة البيع ٠

الثانى اعنى اشتراء البايع الاول المبيع الذى باعه من المشترى فضولة من مالكه الاصلى لانّه مع عدم صحة ذلك البيع الثانى لايصح بيعه الاول ايضا فانّ البايع لم يبيع مال نفسه حتى يصح بيعه بل انّما باع مال غيره فبيعه انّما يكون صحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشترى الاول فيلزم من عدم صحة البيع الثانى عدم صحة البيع الاول ايضا وصحة العقد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكه الاول والا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه وعلى هذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد فانّ مقتضى صحة البيع الاول كون الملك للمشترى من زمان العقد الذى يكشف باجازة من له العقد او بدون الاجازة بل بالاشتراء فقط فيما كان البايع بايعا لنفسه وصحة البيع الثانى كونه

للاصيل الى زمان البيع ٠

فاجتماع المالمين فى ملك واحد محال للتضاد على انّ صحة البيع الاول متوقفة على تملّك البايع المبيع فهو متوقف على ملك البايع الثانى ليبيعه منه مع انّه لو صحّ الاول يلزم منه عدم الثانى فانّه مع صحة الاول يكون المبيع مالا للمشترى من زمان العقد على الكشف فلا يبقى مجال للبيع الثانى و ملكيّة الاصيل و اذا لم يبق مجال للثانى فينعدم صحة البيع الاول و ملكية المشترى الاول ايضا لان الفرض انّه كان متوقفا على الثانى فيلزم من وجود البيع الثانى عدم الاول فيلزم من وجود الاول عدمه وكك الثانى فيلزم من وجوده عدمه فى آن فهو محال ٠

و قد دفعه المصنف بمثل ما اجاب به فى الاشكال الثالث من انّ الكشف من زمان القابلية لا من زمان العقد و لكن بناء على صحة جواب المصنف فهو انّما يوجب دفع الاشكال من جهة اختصاصه بالمقام لكن لابد دفعه فى جميع موارد الفضولى على الكشف وفى المقام من زمان القابلية كما اشار اليه التسترى (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود فى جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل فى المقام فانّ صحة البيع الفضولى على الكشف يقتضى حصول الملكية للمشترى من زمان العقد او من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازة المالك و الا فلا يصح و صحة اجازة المالك متوقفة على كونه مالكا و الا فتكون اجازته كاجازة الاجانب فيلزم اجتماع المالكين فى ملك واحد و من وجود ملك المشترى الاصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فانّ مالكية المشترى يقتضى صحة اجازة المالك و صحة

اجازة المالك تقتضى عدم ملكيّة المشترى فملكيّة المشترى تقتضى عدمه وكك صحة الاجازة تقتضى وجود ملكيّة المشترى الاول فهو يقتضى عدم صحة الاجازة فصحّة الاجازة تقتضى عدم صحتها فلابدّ امّا من القول ببطلان البيع الفضولى بالكليّة او بطلان القول بالكشف ٠

وقد اجاب عن ذلك الاشكال التسترى بالالتزام بالملك الصورى بدعوى انّه يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهرا وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لانّها الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق ولا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى لكونه بيعا وهو يقتضى الملكية الحقيقية فلا يمكن ذلك بالاستصحاب ٠

واجاب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلّها صحيحة ٠

الاول انّ الاستصحاب انّما يثبت الملك الظاهرى للمالك الظاهرى فتنفذ اجازته ما لم ينكشف الحال وبعد انكشاف الواقع وعلم انّه ليس بمالك فلا تكون اجازته نافذة بل لابدّ فى صحتها من كونها صادرة من المالك الواقعى كالبيع فانّهما من اثارالمالك الواقعى دون المالك الظاهرى ومن هنا لو تبيّن فى مقام اخركون المجيزغير المالك لم تنفع اجازته لانّ المالكية من الشرائط الواقعية دون العلميّة ٠

الثانى انّه لاوجه للفرق بين صورتى الاجازة والعقد بان يلتزم بكفاية الملك الصورى فى الاول وبعدم كفايته فى الثانى بل هما من واد واحد فلا يترتبان الا على الملك الواقعى والمالك الواقعى كما عرفت ولاينقضى تعجبى منه فى وجه الفرق فانه كيف حكم بانّ الاجازة اسقاط للحق ورفع اليد عنه مع انّه لايعقل رفع اليد عنه الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم ٠

قال شيخنا الانصاری و التحقيق انّ الاشكال ناشئ من القول بالكاشفية على مسلك المشهور من القول بكون الاجازة شرطا متأخراً يؤثر فی سببية العقد المتقدم و اما على القول بالكشف الحكمی فينزل بالاجازة غير المالك منزلة المالك فی زمان العقد و هذا لاينافی مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكه الاول حقيقة ٠

و هكذا الكلام فی الكشف بالمعنى الذی ذكرناه فانه عليه ينكشف بالاجازة كون المشتری مالكا حقيقة من حين العقد و لكن من زمان الاجازة بحيث يحكم بترتب اثار الملك عليه حين الاجازة من زمان العقد فهو نتيجة الكشف الحكمی و الظاهر من كلامه هذا انّه التزم بالاشكال على الكشف الحقيقی وكك الظاهر من شيخنا الاستاذ انه ايضا التزم بالاشكال و لذا سلك مسلكا آخر و قال انّ اجتماع المالكين فی ملك واحد انّما يستحيل فی المكية العرضية لافی الملكية الطولية فقد ورد نظيره فی الشريعة كمالكية العبد فانّها فی طول مالكية المولى فانّ المولى مالك له و لما فی يده و فی طول ذلك فهو مالك لما فی تحت يده و فی المقام انّ مالكيّة المشتری فی طول مالكية المالك فاذا اجاز المالك البيع فيكون مالكية المشتری فی طول ذلك فلا محذور فيه ٠

و فيه : انّ الطولية فی الملكيّة انّما تكون متصوّرة اذا كان الثانی من شئون الاول و من فروعه و الا فلا نعقل لذلك معنى صحيحا و نظير ذلك ما ورد فی الشرع من المثال المتقدم من ملكية العبد فانّ ملكيته من شئون ملكية المولى فعلى القول بكون العبد مالكا فيكون ذلك فی طول مالكية المولى له و لما فی يده و من

شئون ذلك كونه مالكا لما فى يده وكك نظيره فى الملكيّة التكوينية نظير مالكية الخالق جميع الموجودات ومن شئون ذلك مالكية العباد اموالهم بالملكية الاعتبارية ومن هذا القبيل مالكية القائم مقام و سلطنته للبلد و مالكية المتصرف لها و لغيرها فانّ الاول فى طول الثانى و هكذا ما فوق المتصرف الى ان يصل الى الملك فانه سلطان جميعهم و فى جميع ذلك المالكية الواقعة فى طول المالكية الاولى ليس الا من شئون الاولى لا انّها ملكيّتان مستقلتان و مالكيتهما مالكية مستقلة .

و هذا بخلاف المقام فانّ مالكية المشترى و ان كانت فى طول مالكية المجيز الا انّ ذلك طوليّة العليّة و المعلول و ان ملكية المشترى معلولة لملكية المجيز و الا لم تحدث الاجازة ملكية للمشترى مثلا بل تكون كاجازة سائر الاجانب اجنبية عن العقد و ليس ملكية المشترى من شئون ملكية المجيز بنحو بل كل منهما ملكية مستقلة فمقتض ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها و اذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث و لكلّ منهما التصرف فى ذلك المال كيف يشاء و هكذا و هكذا فيعود الاشكال الى حاله على النحو الذى عرفت و من العجائب ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من قيام الورثة مكان المورّث و وجه العجب انّه و ان كان فرض ذلك ممكنا و غير محتاج الى مئونة بحيث تكون بذلك الفرض اجازة الورثة اجازة للبيع من حين العقد و لكنه لا دليل عليه و انّما الدليل على انّ ما تركه الميّت فلو ارثه و الذى ينبغى ان يقال انّ المجيز مالك فى حال الاجازة لولا اجازته بمعنى انّ اجازة كل احد لا تكون موءثرة فى العقد الفضولى حتى

الاجانب بل انّما تكون الموثرفيه اجازة المالك اى الذى لو لم يجز كان مالكا فهو مالك لولائى فى حال الاجازة لا انّه مالك حقيقة ليلزم المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند اجازته مالكا حقيقة بل على تقدیرعدم الاجازة فالى زمان الاجازة هو مالك حقيقة فبالاجازة - نكشف عن حصول الملكية من زمان العقد حقيقة ٠

و بعبارة اخرى : تارة نتكلم فى مقام الاثبات و وجود المقتضى و الدليل على ذلك فقد تقدم انّه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور و اخرى نتكلم فى امكان ذلك و فى مقام الثبوت فتصويره على النحو الذى ذكرنا بمكان من الامكان كما هو واضح فلو ورد الدليل على ذلك لاوجه لحمله على الاستحالة و الرّد من هذه الجهة بل ناخذه و نبننى عليه لتماميته ثبوتا و اثباتا ٠

الاشكال الخامس : انّه اذا كانت الاجازة المتاخرة كاشفة عن صحة العقد الاوّل فيكون المال ملكا للمشترى الاوّل فح اذا وقع عليه العقد الثانى فيكون واقعا على ملك المشترى فيكون فضوليّا فيتوقف على اجازته كما لو ورد على المبيع بيوع متعددة فاجاز المالك البيع الاوّل فانّ صحة البيوع المتاخرة تتوقف على اجازة المشترى الاوّل وعلى هذا فيلزم توقّف صحة اجازة المجيز على اجازة المشترى للبيع الثانى فانّه ما لم يجز المشترى البيع الثانى لا يتحقق موضوع لاجازة المجيز فانّ الفرض ان المبيع ملك للمشترى و صحة اجازة المشترى متوقفة على اجازة المجيز لاصل البيع فانّه بدون ذلك لا تحصل الملكية للمشترى اصلا اذن فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على الاخرى ٠

وايضا يلزم ان تتوقّف صحة العقد الثانى واجازة العقد الاوّل على اجازة المشترى الاصيل كما هو واضح وهذا من الاعاجيب فانّ ذلك يستلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئا من الثمن والمثمن و وتملك المشترى الاول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان ودون تمامه ان زاد الاول ومع زيادة ان نقص لانكشاف وقوعه فالثمن له وقد كان المبيع له ايضا بما تدله من الثمن مثلا وتوضيح ذلك اما العقد الاول فتوقفه على اجازة المشترى بالواسطة فانّه يتوقف على اجازة البايع المتوقفة على البيع الثانى المتوقف على اجازة المشترى وهكذا يلزم عدم تملك المالك ألاصيل شيئا من الثمن والمثمن امّا الثمن فلانّ المبيع ملك للمشترى فالبايع الفضولى يشترى منه حقيقة فلابدّ من ان يسلّمه الى المشترى واما المثمن فلانّه بالبيع الاول تملّكه المشترى وهكذا يلزم تملك المشترى المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان كما لو باعه الفضولى بعشرة ثم اشتراه بهذا المقدار من الاصيل فيجب عليه ردّه الى المشترى ويلزم تملكه لمقدار من المبيع مجاناً لو زاد ثمن الاول كما لو اشتراه بعشرة واشتراه البايع من الاصيل بخمسة ويلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الاوّل كما لو اشتراه بخمسة واشترى البايع من الاصيل بعشرة ثم ان تلك الوجوه مذكورة فى الايضاح وجامع المقاصد .

الاشكال السادس : انّ بيع الاصيل ما له من البايع الفضولى رد عملى لبطلان البيع الاول فيكون باطلا غير قابل للاجازة .

وفيه قد تقدم انّه على تقدير كون الرد موجبا لاسقاط العقد فى القابلية فهو امّا بدليل السلطنة وفيه انّه يقتضى اسقاط العقد

الاول عن القابليّة فيكون موجبا لاسقاطه عن القابليّة في ما له مادام ماله فاذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه

و امّا بالاجماع فالمتيقن منه انّ المالك له حق الرّد من ماله لامن مال شخص اخر فالمبيع و ان تعلّق به ذلك العقدو ردّه مالكه و لكن بعد ما خرج فی ملكه فلا نعلم تاثير رده عن البيع حتی اذا كان مال شخص اخر ايضا فلا ندری كون ذلك داخلا فی معقد الاجماع عَلى تقدير تحققه ·

الاشكال السابع : علی بطلان بيع مال الغير لنفسه الاخبار الدالة علی عدم جواز بيع ما ليس عندك ·

فهی علی ثلثة طوائف الاولی ما دلّ علی ذلك مطلقا فی الاعيان الشخصية و البيع الكلّی فتكون ظاهرة فی بطلان بيع ما ليس عنده مطلقا كقوله (ع) لاتبع ما ليس عندك و امثال ذلك ·

الثانية ما يكون ظاهراً فی حرمة بيع الاعيان الشخصية التی ليست عنده كروايتی ابنی الحجاج فی بيع الدابة فانها ظاهرة بل صريحة فی بطلان البيع الشخصی الذی ليس عنده و هذا يظهر من رواتين آخرتيين الّتين تدلان علی عدم جواز بيع المتاع الذی ليس عنده فانّ الظاهر من قول السائل اشترلی متاعا ليس معناه المتاع الكلّی الشامل لكل شئ لانه لايكون محطّ نظر بل المتاع الشخصی فيكون قوله (ع) بعدم الجواز اذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشری ظاهرا فی بطلان المعاملة علی العين الخارجية التی ليست عنده·

الثالثة ما يكون ظاهرا فی البيع الكلّی مثل ما دلّ علی عدم جواز بيع الحرير قبل الشری فانّ الظاهر من الحرير هو الكلی ·

اما الطائفة الثالثة فلابدّ من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهة اوعلى التقيّة اذ لاشبهة فى جواز البيع الكلى فى الذمّة عندنا على ما نطقت به الروايات و من هنا نقض الامام (ع) على العامة القائلين بعدم جواز بيع الكلّى للاخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه ايضا بيعا كليّا فلابدّ من حمل ذلك على التقية لقولهم بذلك اوعلى الكراهة و اما المطلقات فلابدّ ايضا من تقييدها ان قيل بكونها مطلقة او بتخصيصها ان قلنا بكونها عامة بما يدلّ على جواز البيع الكلّى فى الذمّة و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصّص تلك المطلقات او العمومات بالاعيان الشخصية اذن فيقع الكلام فى بيع الاعيان الشخصية التى ليست عند المالك فنقول بناء على دلالة النهى فى المعاملات على الفساد و كونها ارشادة الى بطلانها فهل تلك المطلقات او العمومات بعد التقييد او التخصيص مع تلك الاخبار الخاصة اى الطائفة الثانية تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الاعيان الشخصية ام لا ليكون مانحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياته ٠

و من هنا يعلم انّ حمل تلك الاخبار باجمعها على التقية او الكراهة لاوجه له و قد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لاتنفى الصحة الفعلية للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الاثار عليه قبل الاخذ و الاعطا و اذن فلا يكون فاسدا و غير قابل للاجازة المستقبلة ٠

و فيه انّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد و تأويلها بارادة نفى الاثار خلاف الظاهر خصوصا صحيحة خالد بن

الحجاج حيث دلّت على عدم الباس اذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود الباس اذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى ٠

و بعبارة اخرى : انّها تدل على وجود الباس فى ذلك البيع عند استناده الى البايع وصحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل انّ الالزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من المتعاملين بمعنى انّه فاسد لايترتب عليه اثر و الا فمعاملة الفضولين ايضا غير لازم قبل الاجازة لانّ العمومات تشمل عليها من زمان الاجازة فلا تشملها قبلها و مما يؤئد عدم صحة البيع لنفسه رواية الحسن بن زياد الطائر الدالة على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازة المولى ذلك العقد وجهة عدم جعلها دليلا ما ذكرناه سابقا من خروج امثال هذه الروايات عن البيع الفضولى والبيع لنفسه

لايقال انّه على هذا فتلك الاخبار شاملة لبيع الفضولى ايضا لكونه ايضا من بيع ما لا يملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك ٠

فانّه يقال لايقاس المقام ببيع الفضولى اذ عرفت انّ زمان البيع من زمان الاجازة فبها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الاجازة لم يكن الا صورة البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لايكون بيعا بالاجازة وكانت له صحة تاهلية لاصحة فعلية بحيث قبل زمان الاجازة لم يكن هنا بيع حقيقة و بالاجازة صار بيعا حقيقة و ح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لا يملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ بايع مال الغير لنفسه من الاول باع لنفسه و اسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الاول و ليس كبيع الفضولى

ليكون بيعاً من زمان الاجازة اذا فقياس المقام بالبيع الفضولى فاسد من اصله ٠

و قد تحصل من مطاوى ما ذكرنا انّ الاخبار المشار اليها تدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه ايجابا و استيجابا من غير المالك ٠

ثمّ انّ صور المسئلة ثلثة الاولى بيع مال الغير لنفسه منجزا الثانى بيعه معلقا بان يكون البيع على تقدير ان يكون مالكا امّا بالاختيار او بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشترى الخيار اذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هى الصورة الاولى بعد ما كان كلامنا فى البيع الشخصى دون الكلى كما انّه مورد تعليل العلامة من كونه غرريا وعدم قدرة البايع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهتين ٠

و من هنا يحكم العلامة الانصارى (ره) بصحة الصورتين الاخيرتين فى موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبايع وليس لها تعرّض الى جهة اجازة المالك ٠

و فيه انّ المتيقن من موردها و ان كان ذلك وكك هو مورد تعليل العلامة الا انّ اطلاقها يشمل الصورتين الاخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فانّ مقتضى التعليل فى قوله ع فى رواية ابن المسلم و ليس به باس انّما يشتريه منه بعد ما يملكه وكك مقتضى الاطلاق فى قوله ع اليس ان شاء ترك و ان شاء اخذ فى رواية خالد وكك قوله لاتوجبها قبل ان تستوجبها وغيرها من الروايات ظاهرة فى بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجّزا او معلقا تعليقا من جهة البيع او من جهة اللزوم وكون فرد متيقن الارادة من

الدليل لا يوجب الانصراف و لا يقاس ذلك بيع الغاصب لنفسه كماعرفت سابقا للفرق الواضح بينه و بين ما نحن فيه ٠

المسئلة الثانية ان يبيع للمالك و يشترى ذلك من المالك قبل اجازته فهل يجوز له اجازة ذلك البيع لنفسه ام لا و قد حكم العلامة الانصارى بصحّة ذلك ايضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولا للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسئلة بيع الغاصب لنفسه ثمّ يجيزه المالك فكما انّه صحيح وكك هذا ٠

و فيه اوّلا انّه و ان لم يكن من بيع البايع لنفسه باقسامه المتقدمة فانّ الفرض انّه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا انّه كما لابدّ و ان يكون البيع فى ملك فلابدّ فى صحة الاشترى ايضا ان يشترى من المالك ليكون صحيحا فانّ مقتضى التعليل انّما يشتريه منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاشتراء فلابدّ فى صحة اشتراء المشترى من ان يكون البايع مالكا او اشترى قبل بيعه بحيث يكون اشتراء المشترى اشتراء من المالك و الا فيبطل الشرى فانه لم يقع من المالك حين العقد وحين الاجازة لم يكن شراء ليكون من المالك

و بعبارة اخرى : انّ بعض الاخبار و ان لم يكن شاملا لمانحن فيه كالروايات و العمومات الدالة على بطلان بيع البايع ماليس عنده فانّ المفروض انّ هذا الشخص لم يبع لنفسه ليكون بيعه هذا مشمولا لها و لكن فى بعضها الآخر غنى وكفاية فانّ مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذا الشرى قبل ان ينتقل المال الى البايع شراء من غير المالك و بعد ما انتقل الى البايع لم يتحقق هنا شراء ليكون شراء من المالك و يكون صحيحا باجازة البايع و بعبارة اخرى

انّ المتحصل ولو من بعض الروايات هو لزوم كون البايع الذى يستند اليه البيع و تشمله العمومات و يحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد و الا فلا يمكن استناد البيع اليه بالاجازة لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه و ما هو مربوطا بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته وثانيا انّه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلا بحسب القواعد فانّ البيع و ان كان عبارة عن مبادلة مال بمال و ليست الخصوصيات المالكية دخيلة فى صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين او ذاك الشخص المعيّن الا انّه فيما اذا كان النظر الى كلى المالك وكون المبادلة بين مالى كلّى المالك فانّه ح لا يلزم معرفة شخصى المالك بل يكفى حصول التبديل بين المالين فى ملك المالك الكلّى و طبيعى المالك و امّا اذا كان شخص المالك موردا للنظر بحيث يكون التبديل فى مال الشخص المعيّن فح لا بدّ و ان يكون اضافة باقية الى حين الاجازة و الا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز و المجاز غير مقصود و بعبارة اخرى لا بدّ و ان تكون الاضافة المالكية التى حصل التبادل على تلك الاضافة حين العقد محفوظة حال الاجازة و فى المقام ليس كك فانّ التبادل بين المالين حين العقد حصل على الاضافة التى بين المالك و المشترى وخرج العوض من ملكيّة المشترى و دخل تحت اضافة المالك و المعوض خرج من المالك و دخل تحت اضافة المشترى و تلك الحالة غير باقية حال الاجازة فانّ اضافة العين الى المالك قد انقطع و انّما تعلّق بها الاضافة المالكية من البايع فهى غير الاضافة حال العقد التى كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز و ما اجيز غير الواقع و بعبارة

اخری لا بدّ و ان یکون المجیز مالکا حال العقد و الا یلزم ان المقصود
غیر مجاز و المجاز غیر مقصود لان تبدیل مال بمال تحقق فی الاضافة
المالکیة الواقعة بین المال و مالکه الاولی و بین الثمن و تلك الاضافة
التی کان التبدیل واقعا علیها قد انقطعت الی حین الاجازة لتبدیل
المالك فینقطع التبدیل الواقع علیها فانّها بالنسبة االی التبدیل
کالموضوع بالنسبة الی الحکم فمع انتفاء الموضوع لا مجال للحکم و علی
هذا فکیف یمکن تصحیح مثل هذا البیع و لا یقاس ذلك ببیع الغاصب
و من هنا ظهر عدم تصحیح البیع فی المسئلة الثالثة ایضا فهی ما
یکون الشراء لاجنبی باعتقاد انّه مالك و تحقق القصد لاجل هذا۔
الاعتقاد بحقیقة البیع فانّه ایضا لیس بصحیح اوّلا لشمول بعض تلك
الاخبار علیه ولو لم یکن من قبیل بیع المالك لنفسه و ثانیا من جهة
عدم بقاء الاضافة التی کانت موضوعا للتبدیل و محلا له و ارتفاعه
بتبدیل المالك کما عرفت و لا یقاس هذه المسئلة و لا المسئلة السابقة
ببیع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه کما قاسه علیه المصنف بدعوی
اتحاد المثال بین المسئلین و ان کانا متعاکسین فانّ الصحة فی
بیع الغاصب علی حسب القواعد اذا الغاصب یبیع المغصوب للمالك
تحصل المبادلة بین المالین فی جهة الاضافة المالکیة و تحقق
حقیقة المعاوضة التی عبارة عن المبادلة بین المالین مع دخالة
وجود طبیعی المالك فیها لتحقیق حقیقة التبادل فی جهة الاضافة
غایة الامر انّه یجعل نفسه بحسب الادعاء و العنایة مالکا کالمجاز
علی مسلك السکاکی فحقیقة البیع محقق حقیقة و لا کذب فیها وانّما
الکذب فی جعل نفسه مصداقا للمالکیة فهو امر لا واقع له وعلی هذا

فاجازة المالك بيع الغاصب توجب صحته وكونه له دون اجازة البايع البيع الذى اوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فانّ فى الاوّل كان الواقع مجازا و المجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فانّ الواقع غير المجاز و المجاز غير الواقع فانّ الاضافة التى كان تبديل المالين فيها قد ارتفع فلم يبق الامر الواقع حين الاجازة و الاضافة التى حدثت حين الاجازة لم يقع تبديل المالين فيها ليكون مورد اللاجازة وعلى تقدير وقوعه غير التبديل الذى كان حين العقد فانك عرفت انّه ارتفع بارتفاع موضوعه اعنى الاضافة المالكية بين المالك الاول و المال ولعل الى هذا اشار المصنف بالامر بالتامّل و لا يفرق فى ما ذكرنا من عدم صحة البيع اذا كان المالك المجيز غير المالك حال العقد بين ان يكون مالكيّة المجيز و تجدّد ملكه بالقهر او بالاختيار فانّ فى جميع هذة الصور لاوجه لصحة مثل هذا البيع و ما عن شيخنا الاستاذ من تصحيح ذلك فى صورة الارث لقيام الوارث مقام المورث فلا وجه له فانّه بحسب الفرض ممكن و لكن لا يكفى مجرّد الفرض فى صحته بل لابدّ من قيام الدليل على ذلك و ليس لنا ما يدل على انّ الوارث يقوم مقام المورّث بحيث اذا اجاز العقد فيصح من حين العقد بل الدليل دلّ على انتقال مال الميت الى الورثة و اما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزيليّا للمورّث فلا دليل عليه و من جميع ما ذكرنا حكم الصورة الرابعة ايضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل منه الى آخر بنواقل قهريه او اختيارية ۰

قوله ثم انّه قد ظهر مما ذكرنا فى المسئلة المذكوره حال المسئلة الاخرى و هى ما لو لم تجز المالك بعد تملكه اقول لوقلنا بالبطلان

فى المسئلة المتقدمة ففى هذه المسئلة نقول بالبطلان بطريق اولى فانّه اذا لم يكن وجه لصحة بيع مال الغير لنفسه مع اجازته ذلك البيع فيكون فيما لا يجيز باطلا بالاولوية و انما الكلام فيما لوقلنا بالصحة فى المسائل المتقدمة فهل يمكن الحكم بالصحة هنا بان نقول بصحة البيع بدون الاجازة فانّه كان بايعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الاول اولا بل لابدّ من ان نقول بالبطلان هنا ولو قلنا بالصحة فى المسئلة السابقة وقد اختار المصنف البطلان وأنّ البيع الأول باطل للاخبار المتقدمة ولدليل السلطنة فانّ الحكم ـ بكون هذا المال لغيره بدون بيع و اجازة خلاف السلطنة و خلاف عدم جواز التصرف فى مال الغير الا بطيب نفسه و هو الصحيح عندنا ايضا فانّ البايع الذى باع مال غيره لنفسه و التزم به فى الحين الذى انشأ العقد لم يكن مالكا ليتم التزامه و فى الحين الذى ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصحة البيع وكون المال للمشترى بدون اجازة منه على خلاف السلطنة فيحكم بالبطلان و ليس لنا طريق الى الحكم بصحة ذلك الا ما ربّما يتوهم من شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الانشاء فالعاقد ممّن شمل عليه ذلك الدليل و انّما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقية تحت الدليل و اجيب عن ذلك بانّ المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فانّ البايع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لامقام الرجوع الى حكم العام و التحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام او الخاص فانّ محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولا للعمومات ثم

خصصّت فى زمان فنشك فى زمان آخر فى دخوله تحت العام او يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المراة بما يدلّ على التحريم فى حال الحيض و نشك فى جوازه بعد الطهر و قبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من انّه نعمل بالعام و نجرى حكمه عليه لانّ المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقى تحته او نستصحب حكم الخاص و اما فيما لا تشمل عليه العمومات من الاول فلا وجه لهذا النزاع مثلا لو ورد اكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجا عنه تخصّصا ثم شككنا فى انّ ذلك الفرد الخارج بالتخصص هل يكون داخلا تحته حين الشك او نستصحب فيه حكم المخصّص و مقامنا من قبيل الثانى فانّ البايع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامه البيعى ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بايعا حقيقة و حينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع ففى الزمان الذى مالك ليس له التزام و فى الزمان الذى له التزام فليس بمالك ففى ایّ نقطة شمل اوفوا بالعقود نشك فى بقاء حكمه او حكم الخاص فى نقطة اخرى لنرجع الى النزاع المعروف من انّ المقام من موارد اجراء حكم العام على المشكوك او استصحاب حكم المخصّص لو كان ذلك مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الاكراه لكان لاجراء النزاع المعروف هنا وجها و لعل الى ذلك اشار المصنف بالامر بالتامل ٠

و ثانيا على تقدير التمسك بدليل الوفاء بالعقد و كونه شاملا عليه و انما الخارج عنه زمان عدم التملك فنتمسك به فى الباقى نظير شموله بالبيع المكره و انّما الخارج عنه زمان الاكراه فيكون الباقى داخلا تحت العام و لكن يكون آية التجارة مقيدة لها حيث انّ اللّه تعالى

قد حصر فيها جواز اكل مال الغير بالتجارة عن تراض و ان غيرها ـ باطل و من اكل المال بالباطل و ما نحن فيه ليس تجارة عن تراض حيث انّ البايع و ان كان بايعا لنفسه لكن كان بايعا مال الغير لنفسه و انّما هو ملك بعد ذلك فليس ببايع فيكون اخذ ماله هذا بالبيع السابق اكلا له بالباطل فيكون ذلك البيع الاول باطلا حتى مع شمول دليل الوفاء عليه ايضا .

و ثالثا لو سلمنا عدم كون آية التجارة مقيدة لدليل الوفاء ولكن تكفينا الروايات الواردة فى المقام من عدم جواز بيع مال الغير و ما ليس عنده فالبايع و ان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و لكن كان بيعه الاول باطلا لكونه بيعا بما ليس عنده و ايجابا و استيجابا قبل التملّك فهو غير جائز نعم لو باع مال الغير لنفسه بعنوان التعليق بان انشاء البيع فى الحال وكان المنشا فى المستقبل نظير الوصيّة و اغمضنا النظر عن بطلان التعليق بالاجماع و اغمضنا النظر عن الروايات الواردة فى المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الاشارة الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل و من عجائب شيخنا الاستاذ انّه التزم بصحة هذه المسئلة وقال لاوجه للتفصيل فى ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فاجاز البيع و بين ما ملكه و لم يجز ففى كلا الصورتين نحكم بالفساد و افاد فى وجه الصحة هنا بانّ الاجازة انّما نحتاج اليها لامرين الاول من جهة اعتبار الرضا فى البيع بمقتضى آية التجارة و الثانى من جهة استناد البيع الى المجيز فكلا الامرين متحقق هنا فان الفرض انّه باع لنفسه و الفرض انّه راض بذلك ايضا فيكون صحيحا و فيه انّ هذا يعد من عجائب شيخنا الاستاذ فانّ ـ

بايع مال الغير لنفسه انّما هو رضى و اسند البيع لنفسه فى بيع مال الغير فهو راض به و اسند ذلك البيع الى نفسه و اما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى ينازع فيه بانّه اسند الى نفسه ام لا فما اسنده الى نفسه و رضى به لم يتعلق بماله و ما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه و قد تحصل الى هنا حكم المسئلتين .

قوله المسئلة الثالثة : لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

اقول لو باع مال الغير باعتقاد انّه غير جايز التصرف اما بتخيل او باستصحاب او نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان انّه جائز التصرف فهذه على اربعة صور كما اشار اليها فى المتن فان البايع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرّفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليّا للمالك و اما لعدم الملك وكونه مالكا فانكشف انّه مالك وعلى كل تقدير فامّا ان يبيع عن المالك و امّا ان يبيع لنفسه فالصور اربع .

الصورة الاولى : ما اذا باع للمالك باعتقاد انّه غير جائز التصرف فبان انّه جائز التصرف لكونه وليّا للمالك او ممن كان امره فى يده فهل يحكم بصحة ذلك البيع ام لا .

الظاهر كونه صحيحا فانّ الفرض انّ البيع لا قصور فيه لكونه صادرا ممّن لابدّ و ان يصدر منه غاية الامر انّه كان ناسيا للاذن السابق وكونه وكيلا عن المالك او عن كونه وليّا او غفل عن ذلك فهذا لا يوجب البطلان فهل يكون الاذن السابق ادنى من الاجازة اللاحقه .

وكذلك كونه وليّا فى الواقع لا يكون ادنى من الاذن السابق فهل يتوهم احد فى انّه لو باع شخص مال غيره فضولا ثم -

واصل اليه الكتاب وكان مكتوبا فيه بع المال قبل ان يبيع ما له فضولا فيكون باطلا بل لايحتمل ذلك ومقامنا نظير ذلك فانّ اعتقاد عدم كونه جائز التصرّف لاموضوعيّة له لبطلان العقد كما لا يخفى بل العقد صدر واقعا ممّن لابدّ وان يصدر منه ووقع فى محله فلا وجه لتوهّم البطلان بوجه ·

بل لو قلنا ببطلان المعاملة الفضولية لانقول بالبطلان هنافانّه كما اشار اليه المصنف صدرالعقد هنا من اهله واقعا غاية الامر انّ العاقد لم يلتفت بذلك فهل يوجب عدم التفاته الى ذلك كونه اخصر من البيع الفضولى نعم لابدّ وان الاذن موجودا فى الخارج بان يكون مبرزا فانّه لايكفى فى صحة البيع الرضا الباطنى للمالك ما لم يظهر بمظهر فى الخارج وقد تقدم ذلك عند الدخول ببحث الفضولى بل لانحتمل من ان يقول احد بالبطلان الا عن القاضى حيث قال انّه لواذن السيد لعبده فى التجارة فهو باع واشترى وهولايعلم باذن سيده ولا علم به احد لم يكن ماذون فى التجارة ولايجوز شئ ممّا فعله فان علم بعد ذلك واشترى وباع جازمافعله بعد الاذن ولم يجز ما فعله قبل ذلك فان امر السيد قوما ان يعاملوا العبد والعبد لايعلم باذنه له كان بيعه وشرائه منهم جائزاً وجرى ذلك مجرى الاذن ·

وقد ظهر بطلانه ممّا ذكرنا فانّ وصول الاذن اليه وعدمه لا موضوعية فيه وانّما المناط اصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا انّه يكفى فى نفوذ معاملة العبد بالتجارة للغير نفس رضى الباطنى للمولى وان لم يبرزه فى الخارج فانّا وان قلنا فى اول الدخول

بالبيع الفضولى انّه لايكفى فيه الرضا الباطنى ولكنه غير مربوط ـ بمعاملة العبد كما تقدم سابقا فانّ معاملته صحيح من جميع الجهات حتى من جهة الاستناد وانّما المانع من نفوذها عصيان السيّد فقط وهو يرتفع برضا الباطنى وان لم يكن مبرزا فى الخارج ٠

قوله الثانية : ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليّا ٠

اقول المسئلة الثانية اذا يبيع مال الغير لنفسه باعتقاد انّه غير جائز التصرف فانكشف كونه وليّا فالظاهر هنا ايضا صحة البيع وفاقا للمصنف وذلك لما عرفت ان حقيقة البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فقد تحققت مع جميع ما فيها من الشرائط غاية الامر انّه قد انضمّ اليه قيد كون البيع لنفسه فيكون لغوا والوجه فى ذلك انّ البايع ماذون فى البيع والشرى وغيرهما من التصرّفات فى مال المولى عليه فانّ الفرض انّ الولى كك فلا يقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق وعن الاذن الاخر الذى لايلتفت اليه الا فى جهة القصد وان يكون البيع واقعا لنفسه وقد مرّ مرارا انّ القصد لايوجب تغييرا فى حقيقة البيع بل هو بالنسبة اليها كالحجر فى جنب الانسان فبعد تحقق حقيقة البيع اعنى مبادلة المال بالمال وتحقق شرائط الآخر من الاذن من المالك او من قبل مالك الملوم فلا يضرّ بها ذلك القصد لوقوعه لغوا ٠

وربّما يقال باحتياجه اى ذلك البيع على اجازة الولى البايع لنفسه غفلة كونه للمولى عليه بعد انكشاف الحال كما يميل اليه المصنف فانّه لم يقع بعنوان انّه للمولى عليه حتى لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه لغوا بل لابدّ وان يكون البيع مستندا اليه بالاجازة والا فلايستند اليه فيكون باطلا اذ البايع ولو كان مجازا واقعا فى البيع الا ان ـ

البيع الذى هو مجاز فيه لم يقصده البايع فما اوجده وقصده انّما هو غير ما كان ماذنونا فيه فيتوقف صحة كونه عن المولى عليه على اجازة جديدة ٠

وفيه انّه لاوجه لاحتياجه الى الاجازة بوجه لانّ قيد كونه لنفسه ان كان قيدا للبيع فبانكشاف الخلاف يكون باطلا لانتفاء القيد المستلزم لانتفاء حقيقة البيع وان لم يكن قيدا فيكون لغوا فلا يضرّ بصحة البيع لكونه كالحجر فى جنب الانسان بالنسبة الى حقيقة البيع وعلى كل تقدير لانتصور وجها لاحتياج البيع الى الاجازة ولعل الى ذلك اشار المصنف بالامر بالتامل ٠

قوله (ره) الثالة : ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا ٠

اقول المسئلة الثالثة : ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا وقد مثلوا لذلك بما لو باع مال ابيه بظن حيأته فبان ميتا فانّه ح يكون المال مال نفسه ويكون البيع عن نفسه فهل يصح هذاالبيع اولا يصح وعلى تقدير الصحة فهل يكون محتاجا الى الاجازة اويكون له الخيار فى ذلك بحيث له ان يفسخ اولا يفسخ فيكون بتركه الفسخ لازما وجوه والفرق بين كونه محتاجا الى الاجازة وبين كون المالك مخيّرا بين الفسخ والامضاء هو انّه لولم يجز المالك على تقدير الاحتياج الى الاجازة فيكون البيع باطلا واَمّا على تقدير كونه مخيّرا بين الفسخ والامضاء فالعقد صحيح ولكن للمالك حق الفسخ فقط٠

واما اصل البيع فالمشهور صحته بل ربّما يدعى الاجماع فى ذلك وفى المتن لم نعثر على مخالف صريح الا عن الشهيد فى قواعده حيث احتمل امكان البطلان وسبقاه العلامة وابنه لوجوه

لا يمكن المساعدة على شئ منها كما ذكر المصنف فى المتن ٠

و امّا الوجه فى صحة البيع فلما تقدم فى البيع لنفسه ان حقيقة البيع قد تحققت بجميع شرائطه وحقيقته التى عبارة عن مبادلة مال بمال فى طرف من الاضافة المالكية لمالك طبيعى و قصدكونه لنفسه كما فى المسئلة المتقدمة اوكونه لمالك كما فى هذه المسئلة امر زائد عن حقيقة البيع وغير مربوط بها بوجه فيكون لغوا فلا يضرّ بصحة البيع بوجه و اما الوجوه التى اشار اليها العلامة فالاول انّ الابن قصد نقل المال عن الاب لا عن نفسه فما وقع اعنى كون البيع للابن فى الواقع لم يقصد فما قصد لم يقع فلم يقصد حقيقة البيع كما مرّ نظير ذلك الاشكال فى بيع الغاصب ٠

و فيه انه قد تقدم مراراً انّ القصد غير قادح لحقيقة البيع اذا لم يضرّ بها ففى المقام و ان قصد البايع كونه عن المالك و هو الاب الا ان قصده ذلك من جهة كون الاب مالكا فى اعتقاده لا لخصوصية فى شخص الاب غاية الامر انّه اخطأ فى قصده و طبق المالك الى شخص آخر فلا يكون مضرّا ٠

الوجه الثانى ان هذا العقد باطلا من جهة التعليق فانّه و ان كان فى الصورة منجزا و لكنّه فى التقدير معلق فانّ التقدير ان مات مورثى فقد بعتك فيكون باطلا من جهة التعليق ٠

و فيه الظاهر انّه امر وقع من سهو القلم من العلامة (ره) فانّ التعليق انّما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الاب بحيث يكون ذلك متوقفا على موته و ان التعليق فى صحة العقد و تكون متوقفة على موت الاب و ان كان المنشأ كالانشاء امرا فعليّا لا امرا

استقباليّا ليكون التعليق فى المنشأ ٠

و بعبارة اخرى : هذا الذى ذكره فى الوجه الثانى مع الوجه الاول فى طرفى النقيض فانّ مقتض الوجه الاول انّ البيع عن الا ب و ليس عن نفسه و مقتضى الوجه الثانى انّ البيع عن نفسه فليس عن الاب فهذان لا يجتمعان لكون مدلول احدهما متناقضا مع مدلول الآخر ٠

اللهم الا ان يقال ان القصد الحقيقى الى النقل معلّق على تلك الناقل و بدونه فالقصد صورى و قد تقدم نظير ذلك من المسالك فى انّ الفضولى و المكره قاصدان الى اللفظ دون المعنى و مدلول اللفظ و قد تقدم عدم تمامية ذلك و انّ الفضولى و المكره قاصدان للمدلول ايضا ولو بهذا القصد الصورى فهو يكفى فى صحة البيع الفضولى ٠

الوجه الثالث : انّ البايع كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده انّ المبيع لغيره ٠

و فيه بعد ما قلنا بكونه كالفضولى قاصدا للمدلول ايضا فيكون ما يصدر منه البيع فيكون صحيحا فلا يكون فيه بحث بوجه من الوجوه و بالجملة فاصل صحة البيع ممّا لا اشكال فيه و لا يعتنى بمثل تلك الوجوه فى الحكم بالبطلان كما لا يخفى ٠

و اما احتياجه الى الاجازة فمما لا ريب فيه لا لما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك لاندفاعه اوّلا بقوله الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف و ذلك لان حصول النقل حين العقد او بعد

اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده او يضرّ قصد خلافه وانّما هو من الاحكام الشرعيّة المعارضة للعقود فلا يكون مأخوذا فى صحة العقد ٠

وثانيا ان هذا الدليل اخص من المدعى فانّه قد يتحقق القصد الى ذلك لوكان البايع لذلك اى بايع مال نفسه للغير باعتقاد انّه للغير وكيلا من قبله فباع ثم انكشف انّه مال نفسه فانّ القصد هنا متحقق الى اصل البيع الناقل للملك من دون احتياج الى قصده مع الاجازة المتاخرة ٠

وثالثا انّ هذا ينافى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البايع لايقصد نقل المال حين العقد بل الوجه فى الاحتياج الى الاجازة هو الذى اشار اليه المصنف من عموم تسلط الناس على اموالهم وعدم حلّها لغيرهم الا بطيب انفسهم وحرمة اكل المال الا بالتجارة فانّ الالتزام بصحة العقد بدون الاجازة مستلزم لعدم تسلط الناس على اموالهم وكونه حلالا لهم بغير طيب نفسهم وتوضيح ذلك فانّ مقتضى آية التجارة وقوله لايحلّ مال امرو مسلم الابطيب نفسه وان كان كفاية رضا المالك وطيب نفسه ولو مع اعتقاده بانّ المال لغيره بحيث يكون الرضا بذاته معتبرا ولكن بمناسبة الحكم والموضوع يستفاد منها ان ذات الرضا والطيب بما هو ليس موضوعا للحكم فانّ احترام ماله وتوقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلا فى جواز التصرف ومعلوم ان الطيب باصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكى نعم ما نزّل شيخنا ـ الاستاذ ذلك بما ان العمد باصل التكلم او العمد بالاكل ليس

عمدا بالتكلم فى الصلوة و الاكل فى نهار شهر رمضان والامركك فانّ الانسان يتعمد الى اصل الفعل و لكن يغفل عن كونه فى الصلوة او الصوم ثمّ انّه يوٴيد ذلك انّه لو اعتق عبدا للغير بما انّه له فبان انّه لنفسه او طلق امراة للغير فبان انّها لنفسه له ينعتق العبد و لا يطلق الزوجة و انّما جعلناهما موٴيدة من جهة انهما ازالة الملك و الزوجية وكونهما عن المالك و الزوجة من الجهات المقوّمة فعدم وقوعها من الغير من تلك الجهة فلا يقاس بالبيع و هذا المعنى هو منصرف عن اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع فانّ الظاهر انّهما منصرفان الى وجوب الوفاء لكل شخص بعقده الذى اوقعه على ما له بحيث يكون البيع مستندا اليه لا الى شخص اخر فمعنى اوفوا بالعقود انّه يجب ان يفى كل شخص بعقد نفسه و معنى احلّ اللّه البيع انّه حلّ بيع انفسكم و فى المقام ان البايع و ان كان مالكا واقعا الا انّه باع الملك بعنوان انه مال الغير ليكون البيع بيعه و لم يبع بعنوان ماله ليكون البيع بيع نفسه و عقدا له فلا يشمله اوفوا بالعقود و العمومات الاخر الا بالاجازة ليكون مستندا الى نفسه و يكون قابلا لشمول العمومات له و من هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الاجازة فيما يرجع الى تصرّف نفسه فى ماله فانّه و ان كان تصرّف فى ماله و لكنه بعنوان انّه مال الغير فلا يكون البيع مستنداً اليه الا بالاجازة و قد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض آخر صحة هذا البيع وكونه خياريا و ان للمالك فسخ ذلك و امضائه و استدل عليه بدليل نفى الضرر بدعوى انّ لزوم مثل هذا العقد ضررى فيرتفع بكونه خياريا و قد استدل بتلك الادلة على ثبوت ببعض

الخيارات كخيار الغبن ·

و اشكل عليه شيخنا الانصارى بتوضيح و اضافة اجماليّة منّا و حاصله انّ الضررعبارة عن النقص فى المال او العرض او النفس و شئ منها غير موجود فى المقام بل انّما هو فى انتقال المال الى المشترى بدون رضاية المالك و اذنه فمقتضى شمول ادلة الضرر على ذلك هو نفى الانتقال و بطلان العقد لاثبوت الخيار مع صحته ·

و بعبارة اخرى : انّه لو فرضنا من صحة العقد وكان النزاع فى لزومه وعدمه وكان الضرر متوجها من ناحية اللزوم لكان لهذا التوهم وجه و لكن الامر ليس كذلك و انّما الضرر فى اصل صحة العقد و انتقال المال الى الغير لا من ناحية اللزوم بعدالفراغ عن صحته اذن فلابدّ من القول ببطلان العقد لو تمسكنا بدليل نفى الضرر لا بكونه خياريا ·

بل لامجال اصلا هنا للتمسك بادلّة نفى الضرر و لاموضوع لها هنا فانّه انّما تكون شاملة لمورد يكون فيه ضرر و الموضوع لذلك هنا لوكان انما هو العقد فصحته انّما بواسطة شمول العمومات عليه فهى لاتشمل المورد ما لم تلحق عليه الاجازة اللاحقة من المالك فانّه عرفت انّه مضافا الى كون صحة العقد بدون الاجازة منه اكلا لمال الغير بدون اذنه وكونه تصرّفا فى مال الغير بغير طيب نفسه وكونه خلاف السلطنة انّ اوفوا بالعقد و احلّ اللّه البيع انّما ينصرف الى بيع شخص المالك و انّ كل من باع ما له لنفسه يجب الوفاء به و اما لو باع لغيره فلا اذن فلا موضوع يكون ضرريا حتى يشمله ادلة نفى الضرر و بالجملة لاوجه لاحتمال ثبوت الخيار هنا بدليل نفى الضرر ·

ثم لو انعقد الاجماع على عدم جريان الفضولية فى الايقاعات و اختصاصها بالعقود فيحكم ببطلان عتق مال الغير ثم اجازته او عتق مال نفسه عن الغير باعتقاد انّه مال الغير ثم اجازته و ان لم يتم الاجماع و ناقشنا فيه فيصح فى الايقاعات ايضا كما هو واضح ثم انّه لا ملازمة بين بيع مال نفسه للغير باعتقاد انّه له ثم انكشف الخلاف و بين بيع الفضولى بحيث لو قلنا ببطلان البيع الفضولى لقلنا ببطلان ذلك ايضا ٠

و ذلك لان عمدة ما قيل فى بطلان البيع الفضولى كما تقدم هو كونه بيعا لمال الغير فهو باطل بالروايات المستفيضة النافية عن بيع ما ليس عنده و قد اجبنا عنه فيما تقدم انّ ذلك فيما يكون بايعا لنفسه دون الغير و على تقدير قبوله هناك فلا يجرى هنا فانّ البايع لم بيع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالاجازة فلا يكون مشمولا لتلك الروايات اللهم الا ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولى هو التصرف فى مال الغير المستلزم للحرمة المستلزم لفساد البيع و فيه على تقدير قبوله فى بيع الفضولى فلا يجرى هنا لانّ فى البيع الفضولى كان تصرّف فى مال الغير بخلافه هنا فانّه ليس هنا الاقبح التصرف من باب التجرى فهو قبيح فى نظر العقل فلا يستلزم الحرمة الواقعية حتى يستلزم ذلك الحرمة الواقعية فساد المعاملة فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولى كما هو اضح ٠

قوله الرابعة ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انّه له٠

اقول اذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

شخصى او عقلائى ثم انكشف انّه مال نفسه كما اذا باع مالا اخذه من الغير بالقمار او بغيره من الاسباب الباطلة شرعا ثم باع لنفسه مع ـ اعتقاده بحسب تديّنه بدين الاسلام انّه مال الغير ثم انكشف انّ هذا بعينه المال الذى كان ذلك الغير اخذ منه امس فالظاهر انّه لاشبهة فى صحة هذا البيع لعدم قصور فى الانشاء ولا فى المنشأ بل انّما تحققت حقيقة البيع على النحو الذى لابدّ وان تتحقق فانّ حقيقته المبادلة بين المالين فى علقة المالكية وقد حصل ذلك فى نظر العرف والعقلاء فانهم يرون التمسك بالقمار ونحوه من الاسباب الباطلة من المملكلات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشايع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشمله العمومات فيحكم بصحته شرعا ايضا غاية الامر انّه لم يعلم بكونه مالكا واقعا وفى نظر الشارع فهو لايضرّ بصحّة البيع .

وبعبارة اخرى حكم الشارع بالمالكيّة من الاحكام الشرعيّة فصحّة البيع لايتوقف على العلم به والا فلابدّ من عدم تحقق البيع وصدقه على بيع من لاعقيدة له لشريعة من الكفار والفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف والعقلاء وبالجملة انّ صحة مثل ذلك مع صدوره عن مالكه الواقعى وتحقق شرائطه ممّا لاشبهة فيه وهل يحتاج ذلك الى الاجازة ام لا فالظاهر انّه غير محتاج الى الاجازة لكونه صادرا من مالك المبيع وواقعا لنفسه ومستندا اليه فالاحتياج الى الاجازة تحصيل الحاصل فلا نحتاج اليها .

وبعبارة اخرى انّ العقد بعد تمامية اركانه ووقوعه عن مالكه بعد نفسه مالكا للمال باى نحو كان وكونه مالكا ايضا واقعا غير انّه

يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا الى الاجازة ثانيا فانّ مجرّد الجهل بالحال لايستلزم ذلك كماهو واضح و ذلك كما اذ باع مال نفسه لنفسه غفلة عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا .

قوله و اما القول فى المجاز .

اقول تحقيق الكلام فيه يقع فى امور الاول انّ العقدالفضولى لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع باجمعها و الا فلايكون ممّا يترتب عليه الاثر و هذا بحسب الكبرى ممّا لاريب فيه فانّ العقد الفضولى بعينه العقود الاخر غير انّه فاقد للاجازة فيحتاج الى الاجازة المتاخرّة و هذا لايزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق او من المالك فانّه كما اذا كان شئ منهما فاقدا لشرط من الشروط مع كونه صادرا ممّن له العقد او باذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحققه فكك العقد الفضولى لا بدّ و ان يكون جامعا لجميع الشرائط غير جهة الرضا المالكى فانّه يلحق بالاجازة المتاخرة فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا فى غير العقد الفضولى اذن فمقتضى ادلّة صحة البيع مع ادلة الشروط المعتبرة فيه قاضية فى البيع الفضولى ايضا .

و اما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحلّ الى اقسام اما شرائط العقد فلا شبهة فى اعتباره فى العقد الفضولى لكونه عقدا كسائر العقود فلابدّ من اعتبار شروطها فيه ايضا و جهة الفضولية لا توجب الغاء تلك الشروط و ذلك كالماضوية و العربيه و تقديم الايجاب على القبول و غير ذلك ممّا يرجع الى نفس العقد فانّها كما تعتبر فى عقد

الاصيل و هكذا تعتبر فى العقد الفضولى و امّا شرائط المتعاقدين فكك و لا بدّ من اعتبارها هنا كما اذا اعتبرنا صدوره من البايع العاقل فانّه يعتبر هنا ايضا فلا يصح عقد الصبى و المجنون لوكانا فضوليين ايضا فانّه بعد عدم كفايته فيما اذا كان طرف المعاملة هو الاصيل وكان مجرى العقد هو الصبى او المجنون فلا يكفى هنا ايضا لانك عرفت انّ العقد الفضولى لا يزيد على عقد الاصيل و معاملته و بالجملة لا يكفى فى صحة عقد الفضولى صدوره من الصّبى و المجنون لو قلنا بعدم صحة عقدهما كما تقدّم ٠

و اما شرائط العوضين فهو ايضا ممّا لا ريب فى اعتبارها هنا فلا يصح بيع ام الولد و لا الخمر و نحوهما ممّا لا يصح بيعه من الاصيل ايضا فانّ ما لا يجوز من الاصيل فكيف يجوز من الفضولى فهل يزيد ذلك على الاصيل و بالجملة ٠

انّ تلك الشروط الثلثة لا شبهة فى اعتبارها فى العقد الفضولى حين العقد فانّ الاجازة ليست عقدا مستئنفاً حتى تعتبرها من زمان الاجازة بل اجازة للعقد السابق الصادر عن الفضولى و انّما هى دخيلة فى تاثير ذلك العقد فلا بدّ من اعتبارها فيه حين الصدور ٠

و اما الشروط التى تكون معتبرة فيه مع كونها خارجة عن العقد و قد عبر عنها المصنف بالشروط المعتبرة فى تاثير العقد او الشروط الراجعة الى المالك فلا يعتبر فيه اما الاول فكالقدرة على التسليم فانّ اعتباره فى العقد ليس من جهة كونها شرطا للعقد او للعوضين او للمتعاقدين بل امر خارج عن العقد فانّما يكون معتبرا من جهة تمكين المشترى من المبيع او البايع من الثمن و تسليطهما عليهما وهذا

انّما یلزم اعتباره حین التسلیم فقط و ان کان البایع غیر متمکن من زمان العقد حتی مع کونه اصیلا ففی الفضولی ایضا لا یعتبر القدرة علی التسلیم لاحین العقد و لاحین الاجازة بل انّما یلزم اعتباره ـ حین التسلیم و التسلّم فلو باع الفضولی عن المالك سلما فلابدّ وان یکون المالك متمکّنا عن التسلیم عند التسلیم و فی الاجل المعیّن الذی یجب تسلیمه فیه ولو باع حالا فیجب ان یکون المالك متمکّنا من التسلیم عند الاجازة لانّ زمان الاجازة زمان التسلیم والتسلیم وبالجملة فمثل هذا الشرط لا یرتبط بالعقد و لا بالعوضین و لا بالمتعاقدین بل هو امر خارج عن العقد ولا یلزم من انتفائه بطلان العقد بل یکون العقد خیاریا لتخلف الشرط الضمنی و لا یفرق فی ذلك بین القول بالكشف و النقل فانّه علی القول بالكشف ایضا و ان حصلت الملكیّة و لكن لم یحصل زمان التسلیم و التسلم و لذا لا یجوز التصرف قبل الاجازة حتی علی الكشف فزمان التسلیم زمان الاجازة فانّه لیس معنی الكشف انّ الملكیة قد حصلت بحیث لكل منهما ان یعامل مع ما انتقل الیه معاملة ملكه بل انّما ذلك بعد الاجازة غایة الامر انّها نكشف انّ الملكیة من الاول ٠

و اما الثانی كاعتبار كون المشتری للمصحف او العبد المسلم مسلما و لا یكون كافرا بناء علی عدم تملك الكافر العبد المسلم و المصحف فهذا ایضا لا یعتبر فی العقد الفضولی كون المشتری للمصحف او ـ العبد المسلم مسلما حین العقد بل لا بدّ من كونه مسلما حین الاجازة فلو باع الفضولی المصحف او العبد من الكافر فاسلم الی زمان الاجازة فیكون البیع صحیحا و السر فی ذلك انّ عمدة دلیل اعتبار كون المشتری

مسلما بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لن يجعل اللّه للكافرين على المؤمنين سبيلا فانّ بيع المصحف و العبد المسلم من الكافر استيلاء و سبيل على المسلمين بل من اعلى مراتب الاستيلاء و هذا المعنى لايتحقق بمجرّد العقد حتى على القول بالكشف فانّ الاستيلاء انّما يتم بتمامية العلقة الملكية و هى لاتتم الا بتمامية السبب و تماميّة السبب انّما بالاجازة حتى على القول بالكشف فانّه على القول بالكشف ايضا تكون الاجازة مؤثرة فى الملكية السابق فنكشف بها حصولها من زمان العقد و بها يكون المشترى مسلطا على المبيع واما قبل زمان الاجازة فليس له تسلط على المبيع غاية الامر انّه قد ملك للمبيع من زمان العقد لو اجاز المالك و الا فلا فانّما يحصل السبيل و التسلط فى زمان الاجازة و فى زمان تماميّة السلطنة على المبيع لكون الاجازة مما تكون متممة للعلقة المالكيّة و قبله لاسلطنة للمشترى على المبيع بوجه و لذا لايجوز له التصرف فيه ٠

نعم بناء على الكشف بمعنى كون الاجازة معرفة محضة مع العلم بانّ المالك يجيز العقد قطعا نلتزم بعدم جواز البيع الفضولى ايضا لحصول السبيل من زمان العقد للعلم بتحقق العلقه بتمامها عنده و لكن قد عرفت عن تماميّة ذلك المذهب و اما توهم حصول السبيل بمجرّد العقد توهم فاسد فانّ مجرّد تحقق ما يكون له تاهلية الصحة وكونه قابلا لان يترتب عليه تمامية العلقة المالكية للمشترى لايوجب اثبات السبيل للكافر على المسلم ٠

و بالجملة انّ فقدان الشرائط الخارجيّة و شرائط المالك عند العقد فى العقد الفضولى لايضرّ بالصحة التاهلية التى كانت فى

العقد الفضولی بل هی تحصل بذلك مع وجدانه الشرائط الاخر الداخلة فی العقد من شرائط العقد و شرائط العوضین و شرائط المتعاقدین بل الصحة التاهلیة باقیة الی زمان الاجازة و زمان وصول محل الشرط فانّ حصل فیحکم بالصحة الجزمیة و الا فیحکم بالبطلان ·

ثم هل یعتبر استمرار تلك الشروط التی لا بدّ من اعتبارها الی زمان العقد ام لا یعتبر اما الشروط الراجعة الی العقد فلا معنی لبقائه لکونها انی الحصول و الزوال فلیس لها قابلیّة البقاء کالعربیة و الماضویة و تقدیم الایجاب علی القبول و نحوها فانّها کیفیّات غیر قابلة للبقاء ·

و اما شروط المتعاقدین فالظاهر عدم اعتبار بقائها علی حالها فی صحة العقد کما اذا جنّ العاقد الفضولی او مات فانّ العقد بعد صدوره عنه صحیحا لا ینقلب عما هو علیه بانتفاء الشروط المعتبرة فی العاقد فلا نتصوّر وجها لکونها دخیلا فی صحته بحسب البقاء ایضا و انّما الظاهر من ادلة اعتبارها فی العقود دخالتها فی صحتها بحسب الحدوث فقط ·

و اما شروط العوضین فقد بنی المصنف علی استمرارها علی القول بالنقل و نفی البعد عنه علی القول بالکشف و ان تقدم منه عند بیان الثمرة عدمه ردا علی من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الادلّة فی اعتبار استمرار القابلیة الی زمان الاجازة علی الکشف ·

و تفصیل الکلام هنا انّ الشروط تارة تکون شروطا للانتقال و التملیك و التملك بمعنی انّه یشترط فی انتقال المال الی الغیر و

تملكه بعض الشروط كالخمر فانّ التملك و التمليك و انتقال المال من شخص الى آخر بايّ عنوان كان يشترط فيه ان لايكون خمرا فمثل ذلك شرط التملك وغيره مربوط بالبيع اصلا و لذا لايكون بغيرالبيع ايضا و لذا امر رسول اللّه (ص) باراقة الرواية من الخمرالذى اهدى اليه و هكذا كلما يكون شرطا للتملك ٠

و اخرى يكون الشرط شرطا للبيع كعدم كون المبيع ام ولدا و من الاعيان النجسة او المتنجسة بناء على عدم جواز بيعهما و هكذا فانّ مثل ذلك من شروط البيع لا من شروط التملك و الا فيصح تملك ام الولد و النجس و لذا يضمن لصاحبها من اتلفها و قد تقدم فى بيع الكلاب القول بالضمان على من اتلف كلب الغير من غير ما يجوز بيعها ككلب الحارس و الدور و لذا لو مات مالك تلك الامور تنتقل الى وارثه و هكذا كلما كان من هذا القبيل فلا شبهة فى عدم اعتبار استمرارها اى تلك الشروط الى زمان الاجازة حتى على القول بالنقل فانّها كانت محققة فى زمان تحقق العقد و البيع لكفى و لانّ الاجازة ليست عقدا مستئنفا حتى يعتبر استمرارها الى زمانها و على هذا فلو باع الفضولى امة الغير او متاعه ثم صار ذلك ام ولد اومتنجسة او نجسة فعلى القول بالكشف لا شبهة فى صحة البيع لواجازهالمالك لحدوث التوليد و التنجيس فى ملك الغير فانّ بالاجازة تنكشف انتقالها الى المشترى من زمان العقد وكون التوليد و التنجس واقعا فى ملك المشترى فانّ ما لا يجوز انّما هو بيع ام الولد او النجس والفرض هنا انهما حصلا فى ملك المشترى لا انهما حصلا قبل البيع ليمنع عنه و البيع انّما تحقق فى زمان تحقق العقد و ليس الاجازة الا اجازة ذلك العقد

لا انّها عقد جديد وكك على القول بالنقل ايضا لايبعد ذلك فانّ الملكية وان لم تحصل الا فى زمان الاجازة ولكنّ الاجازة هنا ايضا ليس عقدا جديداً بل هى اجازة للعقد السابق المتحقق فضولة فيكون البيع حاصلا قبل ان تصير الامة ام ولد او يكون المبيع نجسا وانّما صارا كذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شبهة فى جواز ذلك فلذا يتوارث الوارث وبالجملة انّ الاجازة ليست عقدا جديدا وانّما هى امضاء للعقد السابق الذى بيع او نكاح فقد تحقق عنوانه وانّما الاستناد يكون بالاجازة ليكون بيعا للمالك او نكاحا له وهكذا والا فاصل العقد على القولين قد تحقق عند العقد نعم ما هو شرط التمليك و الانتقال فلابدّ من بقائه الى زمان الاجازة ٠

فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب الى الخلّية فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع ام لا اما على الكشف فلا شبهة فى صحة البيع لكون القلب والانقلاب فى ملك الغير واما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحة النقل حين الاجازة فان ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله وما هو موجود فانّما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل الصورة النوعية فانّ الخمر والخل فى نظر الشارع من الصور النوعية المتخلفة كما اذا فرضنا انّه باع الفضولى عبدا ثم صار ذلك كلبا حقيقة لا انسانا فى صورة الكلب ثم تبدل الى الانسانية فانّ الانسان الثانى غير الانسان الاول فلا يصح ذلك البيع بالاجازة لما ذكرناه اذا فلابدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقد عليه وواجداً على شرائط الانتقال من حين العقد الى

حين الاجازة و الا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد ففى الحقيقة مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال اولا و بالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا و بالعرض فانّه اذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع ايضا كما هو واضح ٠

الامر الثانى فى معرفة المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا مع تعينه و يقع الكلام هنا فى جهتين الاولى فى انّه هل تصح الاجازة على تقدير الوقوع ام لا كما اذا يقول لو بيع مالى فضولة او اوجرت دارى فقد اجزته و الثانية هل يمكن تعلق الاجازة بالامر المبهم ام لا اما الجهة الاولى فقد حكم شيخنا الانصارى ببطلان الاجازة لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقد فانّ الاجازة و ان لم تكن عقدا الا انّه فى حكم العقد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد ايضا باطلاً و اضاف اليه شيخنا الاستاذ انّ الاجازة من الايقاعات فالتعليق فى الايقاعات لا يعقل ٠

اما ما افاده شيخنا الانصارى ففيه اولا لا دليل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقد فانّ عمدة الدليل على بطلانه هو الاجماع كما تقدم فالمتيقن هو بطلانه فى نفس العقد لا ما فى حكمه و ثانيا انّه تقدم فى السابق انّ التعليق فى العقد موجب للبطلان اذا كان بامر خارج عن العقد و اما لوكان على امر يكون مقوّما له و داخلا فيه فلا دليل على بطلانه بل هو فى جميع العقود موجود و ان لم يصرح به فلوكان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها و هذا نظير ما اذا قال ان كنت زوجتى فانت طالق او ان كان هذا مالى فبعته فكك الاجازة ٠

واما ما افاده شيخنا الاستاذ فلم نعقل له معنى محصلا حيث انّ التعليق فى الايقاع قد وقع فى الشريعة المقدسه فكيف لهالحكم بكونه غير معقول فى الايقاعات كالتدبيرفانّه من الايقاعات مع كونه معلقا على الموت وكالوصية بناء على كونها من الايقاعات كماهو الحق فانها متوقفة على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه انّما هو الاجماع فالمتيقن منه ليس الا العقود فلا علم لنا لدخول الايقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق ٠

و اما الجهة الثانية اعنى امكان تعلق الاجازة بالامر المبهم فهى متفرعة على الجهة الاولى ولذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الاجازة منزلة الوكالة فما لم يبلغ الامر فى ذلك الى مرتبة لايصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الاجازة٠

و الظاهر جواز تعلّقها بالامر المبهم اذا لم نقل بكون التعليق فيها مضرّا كما اذا لم يدر المجيزان الواقع بيع داره اواجارته او بيع الفرس اوغير ذلك فيقول اجزت ذلك الامر الواقع ان كان اجارة فاجزت الاجارة وان كان بيعا فاجزت البيع و هكذا و هكذا ولايلزم معرفة المجاز ولايضرّ عدم المعرفة بصحة الاجازة وهذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بذلا فعلم ذلك ولكن لايدرى انّه اىّ شئ فيقول اجزته فهل يتوهم احد عدم صحة ذلك بل هذا اوضح من الوكالة فانّ فى الوكالة وان كان يصح تعلقها بالامر المبهم و لكن يشترط فى صحة ذلك وجود جامع بين تلك الافراد التى كان المأذون فيه مبهما بينها والا فلا يصحّ التوكيل بالفرد المردد وهذا بخلافه هنا فانّ الاجازة تتعلق بالواقع المردد بين الافراد الكثيرة وان لم يكن

بينها جامع فانّ التردد لايمنع عن ورود الاجازة الى مورده و محله فى الواقع و هذا نظير اتيان اربعة ركعات من الصلوة الرباعية بقصد اتيان الواقع اذا علم بكون ذمته مشغولة باربعة ركعات من الصلوة مع الجهل بخصوصياتها ٠

و من هنا يظهر بطلان ما فى كلام شيخنا الاستاذ حيث قال انه لايجرى فى المقام ما يجرى فى الوكالة فانها تصح على نحو الاطلاق و ان لم تصح على نحو الابهام و اما الاجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لانّ عقد الفضولى وقع على شئ خاص و هو لوكان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الادلة الدالة على نفوذ الاجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالامر المبهم التى لا اعتبار بها عند العقد

و وجه البطلان انّ ما تقع عليه الاجازة و ان كان امرا شخصيا غير قابل للاطلاق لا كليّا قابلا للاطلاق الا انّ اشتراط كون متعلقها امرا قابلا للاطلاق بلا دليل بل انّما تكون الاجازة واقعة على موردها و ان كانت المحتملات كثيرة و بالغة الى حد لاتصح ان تتعلق به الوكالة فانّه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديدة فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فاجزته و ان كان ذلك فاجزته و هكذا و بالجملة انّ الاجازة بعد صدورها من اهلها ترد على محلها و ان كان المحل من الابهام بمكان فانّ توجهها الى العقد الواقع على ماله و ان كان امرا شخصيا غير قابل للاطلاق فيقول المجيز اجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا ٠

الامر الثالث ان العقد المجاز امّا اول عقد وقع على مال نفسه

او اخرعقد وقع علی ماله او اول عقد وقع علی عوض ماله او اخر عقد وقع علی عوض ماله فهذه اربعة صور ثم انّه امّا العقد الوسط بین عقدین واقعین علی مورد العقد الوسطی او وسط بین العقدین الواقعین علی بدله اوعلی الاختلاف وعلی کل من هذه الاربعة فاما ان ذلك العقد الوسط واقعا علی عین مال الغیر فیتشعب من اجازة الوسط ثمانیة صور فیرتقی المجموع الی اثنی عشر صور وتوضیح ذلك انّما یکون فی ضمن مثال فلو باع الفضولی عبد المالك بفرس و باع مشتری ذلك الفرس بدرهم و باع الاخر العبد بکتاب ثم باع الاخر العبد بدینار و باع الاخر الدینار بجاریة ۰

فهذه البیوع الخمسة حاویة لبیع واقع علی مورد ابتداء و هو بیع العبد بفرس و بیع واقع علی مورد ذلك البیع الاول وسطا و هو بیع العبد بکتاب و بیع واقع علی ذلك المورد لاحق و هو بیع العبد بدینار و حاو ایضاً علی بیع وارد علی بدل العبد و هو بیع الفرس الذی بدل العبد بدرهم وعلی بیع وارد علی بدل العبد ایضاً ولکن لاحق و هو بیع الدینار بجاریة فهل تکون اجازة العقد الوسط الذی بیع العبد بکتاب الذی وقع قبله عقد علی مورده وعقد علی بدله و کذلك بعده اجازة السابق و اللاحق او لیس اجازة لشئ منها او نقول بالتفصیل فیتضح بذلك المثال حکم المقام فتارة نتکلم علی الکشف و آخر علی النقل امّا علی الکشف فلو اجاز مالك العبد بیع العبد بکتاب فیکشف ذلك ان العبد من حین العقد صار ملکا لمالك الکتاب و الکتاب صار ملکا لمالك العبد و وقع بینهما التبادل و اما بیع العبد بفرس فیکون باطلا لکونه واقعا فی مال الغیر و لم تتعلق به

الاجازة من المالك فيقع باطلا ·

و اما بيع الفرس بدرهم فهو امر اخر اجنبى عن بيع العبد فيكون فضوليّا و موقوفا على اجازة مالكه ·

و اما العقود اللاحقة فيصح كلاهما فانه بعد كون العبد ملكا لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له ايضا من حين العقد فاذا باعه بجارية فيصح بيع الجارية ايضا ·

و اما على النقل فحكم العقود السابقة على بيع العبد بكتاب حكمها على طريقة الكشف فى كل من العقد الوارد على مورد العقد المتوسط و العقد الوارد على مورد بدله فيحكم ببطلان بيع العبد بفرس و بصحة بيع الفرس بدرهم مع الاجازة و اما العقود اللاحقة ـ فحيث ان الاجازة ناقلة من حينها فيكون العقد الواقع على العبد مع الكتاب موجبا للنقل و الانتقال من حين الاجازة فيكون العبد ملكا لمالك الكتاب من زمان الاجازة و اذن فيكون بيع مالك الكتاب العبد بدينار قبل اجازة مالك العبد المبادلة الواقعة بين العبد و الكتاب بيعا لما لا يملك و ما ليس عنده فيتوقف صحته وعدمه مطلقا او مع الاجازة وعدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فراجع ·

قوله الثالث المجاز اما العقد ·

" اقول وحكم المسئلة فى غاية السهولة ولكن تصويرها فى غاية الصعوبة وقد ذكره المصنف و اوضحه بامثلة و نحن ايضا نوضيح المسئلة بالمثال الذى ذكره المصنف و لكن نحلّله الى مثالين لاجل التوضيح

وحاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الاجازة بالمجازقبل تصويره بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير او العقد الواقع على عوض مال الغير وعلى كلا التقديرين فامّا ان يكون المجاز اوّل عقد وقع على مال الغير او عوضه او آخره او عقدا بين سابق ولاحق واقعين على مورده او بدله او بالاختلاف ومحصله ان العقد المجاز تارة يكون اول عقد وقع على عين مال الغير واخر يكون اخر عقد وقع على عين مال الغير وثالثة يكون اوّل عقد وقع على بدل مال الغير ورابعة آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه اربعة صور وايضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تارة يكون وسطا بين عقدين واقعا على مودده واخرى يكون وسطا بين عقدين واقعا على بدل مورد هذا العقد الوسطى وثالثة يكون العقد السابق منه واقعا على مورده واللاحق به واردا على بدل مورده ورابعا يكون عكس ذلك فهذا العقد الوسط الذى يكون مورداً للاجازة تارة يكون واقعا على عين مال الغير واخرى على بدله فتكون هذه على ثمانية اقسام ومع اضافة الاقسام الاربعة اليها ترتقى الى اثنى عشر قسما فنوضح ذلك بتقسيط ما ذكره المصنف من المثال الى مثالين ويجمع جميع ذلك مثالان بتقسيط الفرض اليهما ممّا مثله المصنف الاول نفرضه فيما يكون العقد المجاز واقعا على المال لا العقد الواقع على بدله و تصويره انّه لو باع شخص فضولة عبد المالك بفرس ثم باع البايع ـ الفرس بدرهم وباع المشترى العبد بكتاب وباع صاحب الكتاب العبد بدينار وباع الدينار بجارية وقد وقع هنا عقود خمسة والوسط منها مسبوق بعقدين وقع احدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

الاخر على غير مورده اعنى بيع الفرس بدرهم و ملحوق ايضا بعقدين احدهما واقع على مورده و هو بيع العبد بدينار و الآخر واقع على غير مورده و هو بيع الدينار بجارية و مرادنا من اشتراك الموردكون المال الذى يكون ثمنا او مثمنا متحدا مع العقد الاخر فى هذه الجهة اى كما انه ثمن او مثمن فى هذا العقد وكك هو ايضا ثمن او مثمن فى ذلك العقد .

فلو اجاز العقد الوسط فبناء على الكشف فتكشف كون العبد ملكا للمشترى اعنى صاحب الكتاب من حين العقد فيكون بيعه العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجارية فان جميع ذلك متفرع على اجازة العقد الوسط وكونه موجبا لحصول الملكيّة من حين العقد كما هو مقتضى الكشف و اما العقدين السابقين على المجاز فالعقد الذى ورد على مورد العقد الوسط اعنى بيع العبد بفرس فيكون باطلا فانّه لم يتعلق به الاذن اللاحق و خرج عن قابلية لحوق الاجازة به باجازة العقد الوسط لعدم بقاء الموضوع له فانّ مالك العبد قد اجاز بيعه بكتاب فاجازة بيعه بكتاب لا يستلزم صحة بيعه بفرس اعنى العقد السابق .

و اما العقد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهو عقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب و ليس بينهما ملازمة ليلزم من اجازة بيع العبد بكتاب اجازة بيع الفرس بدرهم بل هو عقد مستقلة وقع على مال الغير فضولة فان اجاز المالك صح و الا فلا .

و اما على النقل فبالنسبة الى العقدين السابقين الكلام هو الكلام و اما بالنسبة الى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحة بيع

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصحته مع الاجازة المتاخرة او بدون الاجازة فيكونان ايضا صحيحين و الا فيكونان باطلين لا من جهة عدم التفرع بين العقد الوسط و بينهما بل من جهة كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم ·

و من هنا ظهر انّه لو اجاز العقد الاول فانّه يستلزم صحة العقود المتاخرة باجمعها ولو اجاز العقد الاخير فانّه لا يستلزم صحة العقود المتقدمة بل ما يكون واردا على مورده فيبطل و ما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الاجازة ·

بقى هنا امران لا بدّ من التعرّض لهما الاول انّ اجازة العقد لا يستلزم صحة العقود السابقة اذا اجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت و اما اذا اجاز للبايع فيصح بذلك العقود السابقة ايضا و ذلك لانّ صحة بيع العبد بكتاب وكونه للبايع يستلزم صحة بيع العبد بفرس فان صحة بيع العبد بكتاب متفرع على صحة بيع العبد بفرس فانه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا الى المشترى و لا يصح بيع المشترى ذلك العبد بكتاب صحيحا فانّ مورد هما واحد اى البيعان وردا على العبد و ان كان البايع فى احدهما هو الفضولى و فى الاخر هو المشترى و اذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحة بيع الفرس بدرهم ايضا من غير توقف على الاجازة فان لازم صحة بيع العقد بفرس وكون العبد للمشترى ان يكون الفرس للبايع و الا فلا يصح بيع العبدبفرس و اذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحة بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته باجازة المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبايع فاذا كان له فيصح بيعه بدرهم من

غير توقف على الاجازة لكونه بيعا لما له و واقعا فى ملكه ·

ثم انّ هذا الذى ذكرناه انما هوعلى الكشف و اما على النقل فيتوقف ايضا على المسئلة السابقة من توقف البيع على الملك و الا فيبطلان كما هو واضح ·

الامر الثانى انّ مرادنا من استلزام اجازة واحد من العقود ـ صحة العقود اللاحقة العقود الطولية الرتبيّة التفرعيّة اى يكون العقد اللاحق او السابق متفرعا على العقد المجاز و لازما له او ملزوما عليه بحيث يكون مشتريه او بايعه بايعا او مشتريا للاخر الذى يتفرع صحته على العقد المجاز بحيث تكون رتبته متاخرة عن رتبة العقد المجاز و ان لم يكن لاحقا له بحسب الزمان كما تقدّم انّ اجازة عقد الوسط يستلزم صحة العقود السابقة اذا كان ذلك للبايع ·

و امّا اذا لم يكن بينها ملازمة و ان كان بينها طول بحسب الزمان فلا يستلزم اجازته صحة العقود اللاحقه كما اذا فرضنا انّه باع الفضولى العبد بفرس و باع شخص آخر ذلك العبد بحمار و باع ثالث ذلك العبد ببقر و باع رابع الفرس بدرهم و هكذا فاجاز المالك بيع العبد بحمار فلا يستلزم ذلك شيئا من صحة العقود السابقة او اللاحقة لعدم الارتباط بينها بوجه بل كلها اجنبيّة عن العقد المجاز كما هو واضح ·

و من هنا صح ·

دعوى الكبرى الكلية فى المقام على استلزام اجازة العقد صحة الاخر و هى انّه كلما كان بين عقدين ملازمة اما بكون الاول لازما و الاخر ملزوما او العكس فاجازة احدهما مستلزم لاجازة الاخر و الا فلا

فهذه كبرى كلّيّة مختصرة لضابطة ذلك و بعبارة اخرى اجازعقد يوجب صحة كلّ عقد يرتبط به بوجه من الارتباط و يكون من شئونه و الا فلا ٠

المثال الثانى ان يكون المجاز هو العقد الوسط ايضا و لكن واقعا على بدل مال الغير فنوضح ذلك ايضا بما ذكره الشيخ كما اذا فرضنا انّ الفضولى باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف او اشترى به رغيفا ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير وهوالدرهم فانه بدل الفرس الذى بدل العبد و قبله عقدان احدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بدرهم فانّ الدرهم ايضا مورد العقد الوسط و الثانى بيع العبد بفرس غير وارد على مورده وكك بعده عقدان - احدهما وارد على مورده و هو بيع الدرهم بحمار و الثانى غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو اجاز العقد الوسط اعنى بيع الدرهم برغيف او اشتراء الرغيف بدرهم فهو على الكشف يستلزم صحة العقود السابقة ايضا فانّ صحة بيع الدرهم برغيف يستلزم صحة بيع الفرس بدرهم فانّه لولم يصح ذلك لا ينتقل اليه الدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صحة بيع الفرس بدرهم يستلزم صحة بيع العبد بفرس و الا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليجيز بيع الدرهم برغيف او اشتراء الرغيف بدرهم ٠

و اما على النقل فتكون البيوع السابقة واقعة فى غير ملك المالك لعدم كون البايع مالكا فان قلنا بصحتها مع الاجازة او بدونها فبها و الّا فتبطل ٠ و اما العقود اللاحقة فبيع الدرهم بحمار الذى وقع على مورد العقد الوسط يكون لازما لصحة الوسط بالاجازة على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازة العقد الوسط على الفرض فيكون اشتراء الحمار به

او بيعه بحمار فى ملك مالكه . و امّا بيع الرغيف بعسل فيكون عقدا فضوليّا موقوفا على اجازة المالك لانّه غير ملازم لاجازة بيع الدرهم برغيف .

و بالجملة الحكم فى هذا المثال على عكس المثال الاول كما عرفت .

و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبة على مال المجيز لو وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسخا لما قبله واجازة لما بعده على الكشف وان وقعت من شخص واحد انعكس الامر و وجه البطلان اشار انّ تعدد الاشخاص و انفراده ليس ميزانا فى المقام بل المناط هى الملازمة بين المجاز و العقود الآخر و الا فيمكن ان يصدر العقد من الاشخاص العديدة ومع ذلك يكون المجاز فقط صحيحا و انكان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعددة الفضولية على شئ واحد فاجاز المالك الوسط وهكذا من شخص واحد وكذلك ظهر بطلان ما ذكره الشهيد وغيره فى الايضاح و الدروس من انّ العقود المترتبة لو وقعت على المبيع صح و ما بعده و فى الثمن ينعكس فان كل ذلك لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتامل .

قوله ثم ان هنا اشكالا فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود ـ لصورة علم المشترى بالغصب .

اقول و قد اشار العلامة الى ذلك الاشكال و اوضحه قطب الدين و الشهيد على ما فى المتن فحاصله ان المشترى مع العلم بكون البايع غاصبا يكون مسلطا للبايع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و هكذا لو علم البايع بكون الثمن غصبا و ان كان المفروض فى كلامهم هو الاول و لكنّه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازة المالك المجيز اى المغصوب منه بعد تلفه أى الثمن المدفوع عوضا عن المغصوب بفعل المسلط بان يدفعه مثمنا عن مبيع

اشتراه لعدم بقاء الموضوع للعقد الاول ·

نعم لايجرى ذلك مع الجهل فان التسليط هنا غير مجانى ·

و بالجملة انّ ما دفع الى الغاصب مع العلم بكونه غاصبا غير قابل لان يكون ثمنا من مال الغير لانه قد يسلط الغاصب عليه مجانا فبعد ما نقله الغاصب الى الغير بجعله ثمنا او مثمنا قبل ان يجيزه المغصوب منه فلا يبقى موضوع للاجازة لبقاء المغصوب بلاعوض·

و هذا الاشكال مبنى على أن مال المسلط مع العلم بكون ـ البايع غاصبا يكون تالفا من كيسه بعد اتلافه الغاصب ببيع و نحوه لانّه قد أذهب احترام ماله بتسليط الغير اياه فيكون عند التلف تلفا من كيسه ·

نعم مع بقاء العين تصح اجازة المالك البيع الاول ·

نعم يمكن أن يقال بعدم صحة البيع الاول باجازة المالك حتى مع بقاء عين مال المسلط بناء على انّه مسلّط الغير على ماله مجّانا فاذهب به احترام ماله فيكون بذلك داخلا فى ملك الغاصب من الاول فيكون مال المغصوب منه بلا عوض فيبطل البيع فلا تبقى هنا صحة تاهليّة لتكون فعلية باجازة المالك المجيز وعلى هذا لا وجه للقول بانّ اجازة العقد الوسط الواقع على الثمن اجازة لما قبله او اذا وقع العقود المترتبة من اشخاص متعددة صح اجازة العقد الوسط و ما بعده و ان وقعت من شخص صح الوسط المجاز و ما قبله او ما ذكرناه من الميزان الكلّى فى ذلك من انّ اجازة عقد من العقود المترتبة يستلزم اجازة جميع ما يتعلق بها و الوجه فى ذلك كله يظهر بالتامل ـ و لكن هذا الاشكال ليس بصحيح لوجوه قد اشار اليه الفخر رحمة اللّه عليه ·

الاول بفساد المبنى بانّه لادليل على كون مال المسلط ملكاً للغاصب مع علمه بكونه غاصبا و ذلك فانّه قد سلّطه على ماله بعنوان البيع لان يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكما مع بطلان البيع فيكون المال باقيا على ملك المسلّط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعدة اليد و قد تقدم فى مالا يضمن انّ الملكية العقلائية القائمة باعتبارهم او الملكية عند المتبايعين غير مربوطة بالملكية الشرعية فاقدام المسلّط على المعاملة مع علمه بكون البايع غاصبا لايقدم على تلك المعاملة مجانا بل يسلطه على ما له بعنوان المعاوضة و ان لم تكن حاصلة عند الشارع فيكون ما له غير داخل على ملك الغاصب اذن فاذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحا ·

و بالجملة بعد ملاحظة اقدام المشترى على المعاملة المعاوضة و عدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضته ولو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجا عن قاعدة اليد تخصيصا وكون ماله ملكا للغاصب مجانا ·

الثانى ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل و ذلك فان منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلّط الغاصب على ماله تسليطا مجانيا فلا تصل النوبة الى اجازة المجيز لعدم بقاء الصحة التاهلية للعقد حتى تنضم اليه الاجازة لانه سلط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولى الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ما له تسليط بعد تحقق البيع ولو بعدية رتبية كما فى المعاطات فيكون ذلك وفاء للثمن الذى لزم عليه بالمعاوضة لا انه تمليك مستقل

ليوجب انعدام العقد الاول و سقوطه عن الصحة التاهلية و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته

نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الاغماض عن الجواب الاول فانه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازة المجيز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سلّطه عليه بتسليط المالك لايبقى موضوع للاجازة فانّها متفرعة على كون ما اخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضاً عنه فيبقى المغصوب فى ملك مالكه فيكون الثمن ايضا للغاصب اما مطلقا او مع التلف مع الاغماض عن الجواب الاول ٠

الثالث انه لايتم على النقل ايضا و ذلك لانّ الاجازة و ان كانت بعد التسليط و انّ الملكية و الاستناد انما يحصلان عند الاجازة لاقبلها كما هو المفروض على النقل و لكن التسليط من المشترى انّما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالاجازة المتأخرة فيكون التسليط مقيدا بذلك لا انّه وقع مطلقا و على كل تقدير ليكون التسليط مجانيا فاذا كان تسليط المشترى الغاصب على ماله بعنوان المعاوضة بحيث يكون مراعا على اجازة المالك تتم المعاوضة من جميع الجهات فلا وجه لتوهم أن التسليط انّما وقع مجانا و بالجملة أن مقتضى تسلّط الناس على اموالهم هو تبعية تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته وغير خفى أن قصد المشترى ان يكون المغصوب مالا له فى مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاوضة و حيث ان الغاصب ليس مالكا على المثمن فيكون العقد من طرفه فضوليّا فقهرا يكون التسليط مراعا على اجازة المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضة فان اجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحاً و

الا فيكون مالا للغاصب اما مطلقا او مع التلف مع الاغماض عن الجواب الاول والسّر فى ذلك ان الاجازة ليست بيعاً ليكون التسليط الواقع من المالك اعنى المشترى تسليطا مجانيّا لوقوعه على غير عنوان البيع وخارجا عنه بل انما هى من الاحكام الشرعية الثابتة على الملاك كجواز البيع وجواز الاكل وجواز الشرب وغير ذلك اذن فيكون البيع حاصلا من زمان العقد على النقل ايضا وان كانت الملكيّة والاستناد الى المالك وشمول العمومات من زمان الاجازة فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع و موقوفا على الاجارة فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب .

وبعبارة اوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولى الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشترى بكونه غير مالك وانّ ما يقع عليه العقد مال مغصوب فيكون تسليط الغاصب على ماله فى ذلك الفرض وبهذا العلم تسليطا مجانياً فلا يبقى موضوع للاجازة لتصحيح البيع الصادر من الغاصب امّا مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما اخذه من المشترى ابتداء او بعد التلف بالنقل الى الغير فى بيع او هبة او نحوهما واذا منعنا ذلك المنشأ وقلنا انّ التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التاهلية ولو بكون التسليط على هذا الفرض مراعا على الاجازة فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لا يخفى وهنا اشكال رابع قد اشار اليه فى الايضاح وحاصله ان المشترى وان سلّط الغاصب على ماله الا انّه متعلق حق الغير من جهة انّ للمالك المغصوب منه أن يجيز العقد الصادر من الغاصب فضولة فيكون مال المشترى ملكا له فى مقابل ماله باجازته لكونه اسبق من الغاصب واولى منه فانّ الغاصب يوءخذ باشق الاحوال

وأخس الاطوار .

وفيه انّه لامنشأ لاخذ الغاصب باشق الاحوال وأخسّها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا وعدوانا وأما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل واما توهم أن مال المشترى متعلق حق المالك المجيز فهى الاجازة ففيه انك قد عرفت مرارا أنّ الاجازة من الاحكام الشرعية مثل جواز البيع وجواز الأكل والشرب فكما أنّ للمالك أن يبيع وأن يأكل وأن يشرب وهكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله وليس ذلك من الحقوق ومن هنا قلنا أن الاجازة لاتنتقل الى الوارث بالموت أى بموت المالك المجيز وعلى هذا فيمكن ان يكون مال المشترى ملكا للغاصب بالتسليط قبل الاجازة فلا يبقى موضوع اصلا لاجازة المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام فى احكام الرد .

قوله رحمه اللّه مسئلة فى احكام الرد .

اقول تحقيق المسئلة فى ضمن جهات الاولى أن هذا البحث انّما له ثمر اذا قلنا بأن العقد الفضولى بعد ما ردّه المالك لاتبقى له صحة تاهليّة لانضمام الاجازة اليها والا فلا اثر له من هذه الجهة وقد تقدم انّه ليس للمالك الغاء العقد عن ذلك واسقاطه عن قابليته لحوق الاجازة اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجهة فانّ العقد الفضولى بعد ردّه المالك فقابل لأن تتعلق به الاجازة ويكون صحيحا ايضا بعد الرّد .

الجهة الثانية فى انّه هل يتحقق الرد بالفعل كما يتحقق بالقول أو لابدّ من تحققه من القول مثل فسخت ونحوه فقال العلامة الانصارى رحمة اللّه يتحقق ذلك بالقول الصريح وبالفعل مثل الهبة

والعتق والبيع ونحو ذلك من التصرفات الناقلة والمعدمة لعلامة الملكية ولكن شيخنا الاستاذ تقبل الكبرى وامكان تحقق الرد بالفعل لكونه كالقول فى ذلك الا انّه منع الصغرى وعدم امكان تحققه بمثل العتق والهبة والبيع ونحوها والوجه فى ذلك أن هذه الامور لادلالة فيها على رد العقد الفضولى السابق عليها سواء التفت المالك بها حين صدور تلك التصرفات منه أو لم يلتفت بها فيبقى العقد مع ذلك على قابليته الاولية وصحته التاهلية بانضمام الاجازة اليه و لايقاس ذلك بالفسخ بالخيار فانّه ازالة علاقة الملكية فتتحقق بكل ما يكون منافياً لكونه ملكا للغير بخلافه هنا فان الرّد اسقاط العقد عن قابليته لحوق الاجازة به فلا يتحقق الا بما يكون صريحا فى ذلك و فيه ان ما ذكره هو المصنف من الافعال كالعتق والهبة و البيع ونحوها لايتحقق بها الرّد الا انّ الافعال غير مضرّة بها بل يمكن ان يتحقق ذلك بالاشارة والكتابة بان يسئله احد هل رددت العقد فيشير برأسه على ذلك او يكتبه ٠

وبالجملة انّ ردّ العقد كامضائه بل كانشائه من الامور المتوقفة على الانشاء والابراز فيتحقق بكل ما يكون قابلا لذلك ٠

ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقلة فاذا باع المالك ماله الذى وقع عليه العقد قبله فضولة أو وهب أو كان عبدا فعتقه ثم اجاز البيع السابق الفضولى فهل تصح ذلك الاجازة بحيث يكون تلك التصرفات الناقلة باطلة او يجب عليه أداء بدله أتكون الاجازة باطلة والتصرفات صحيحة أو يفصّل بين القول بالمشف فنقول ببطلان التصرفات وبين القول بالنقل فنقول ببطلان الاجازة وجوه و قد

فصّل المصنف بين القول بالكشف الحقيقى و بين القول بالنقل ٠

و قال ان صحة الاجازة توجب بطلان التصرفات فلو كانت التصرفات صحيحة لمنعت عن صحة الاجازة فاذن تكون صحة الاجازة مع صحة تلك التصرفات متناقضة فانه لايمكن الالتزام بصحة كلتيهما والا فيلزم الحكم بكون المالك المجيز مالكا لثمنين بل لابدّ اما من القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الاجازة أو القول بكون ما فعله المالك المجيز من التصرفات محتاجا الى اذن المشترى لكونها واقعة على غير وجهها فاشار المصنف الى الاول بقوله أو البطلان و الى الثانى بقوله من امتناع الاخير و الى الثالث بقوله أو ايقاعه على غير وجه فحيث أن الملكية حاصلة من حين العقد لتأثيره فيها على الفرض كما هو مبنى القول بالكشف فتكون التصرفات باطلة و تكون الاجازة صحيحة و كاشفة عن وقوع تلك التصرفات فى ملك الغير و أما على النقل او الكشف الحكمى او الكشف الذى ذكرناه فلا تصح الاجازة بل تصح التصرفات الصادرة من المالك المجيز و ذلك فانها وقعت فى ملكه و لم تبق موضوعا للاجازة فانها انّما تصح من المالك لو لا الاجازة لامن كلّ احد حتى من الجبران فلم تبق المالك الى زمان العقد على هذه الصفة ٠

و لكن الظاهر أن الاجازة تكون باطلة مطلقا و انّما التصرفات تكون صحيحة حتى على القول بالكشف الحقيقى باخذ الاجازة معرفة محضة فانك عرفت أنّ المؤثر فى العقد الفضولى ليس هى الاجازة المطلقة و ان صدر من الاجانب بل انما المؤثر منها هو الصادر من المالك لو لا الاجازة فاذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الاجازة

على نحو أوجب ذلك خروجه عن المالكية وصار بالنسبة الى ذلك المال كأحد الأجانب فتكون اجازته ملغاة وتصح تصرفاته فانّها لا- تبقى مجالا لكون الاجازة صادرة من المالك لولا الاجازة فانّه وان قلنا بالكشف ولكن ذلك انّما هو بالاجازة المتأخرة والاجازة المتأخره انّما تصح مع بقائه اى المالك على صفة المالكية على النحو الذى كان عليه حين العقد فحيث انه لم يبق على تلك الصفة فتكون اجازته لغوا فاذا لغت الاجازة فلا تكشف عن الملكية من حين العقد بل يرتفع ما يكون موءثرا فيها ويسقط عن الصحة التأهلية وهذا هو السر فى عدم صحة العقد الفضولى باجازة المالك بعد تلك التصرفات المنافية وبعبارة اخرى انّا نقول بالكشف من جهة أن أوفوا بالعقود يوجب اسناد البيع الواقع فضولة الى المالك من حين العقد ويكون البيع بيعه وبعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير وخرج عن كونه مالكا واستند اليه بيع آخر قبل الأجازة فى هذا المال بدليل الوفاء لايبقى مجال لاستناد بيع آخر فى هذا المال اليه بدليل الوفاء وغيره وان قلنا ان الاجازة انّما هى يتعلق بالعقد كما هو كذلك ولكن يتعلق بالعقد فى مورد قابل وفيما يكون العقد واقعا على ملكه وباقيا على هذه الحالة الى زمان الاجازة ليكون مالكا الى زمانها حدوثا وبقاء وهو بعد - تلك التصرفات لايكون قابلا لاسناد البيع الفضولى الى نفسه بحيث يكون اسناده ذلك لنفسه بالاطلاقات موجبا للاسناد السابق عليه بتلك الاطلاقات .

وتوهم ان الاجازة توجب عدم صحة تلك التصرفات المتخللّه بين العقد والاجازة وبقائها اى العين المبيعة فى ملكه فاسد

لكون ذلك دوراً واضحاً حيث الاجازة تتوقف على الملك فلو توقفت الملكيّة على الأجازة و محققة بالاجازة فيلزم الدور.

و الحاصل ان التصرفات الواقعة بين الاجازة والعقدعلى اقسام

الاول أن تكون منافية للبيع السابق الواقع على العين فضولة كما اذا باعها أو وهبها للغير أوعتق اذا كان عبدا أو أمة و هكذا فانّهامنافية لصحة البيع الفضولى بالاجازة و هذا القسم لا شبهة فى كونها موجبة لبطلان اجازته المتأخرة و ذلك مضافاً الى ما تقدم أنك عرفت فى بعض المباحث المتقدمة ان العمومات و الاطلاقات انّما هى خطاب للملاك و أن الوفاء بالعقد يكون متوجهاً الى عقدهم لا الى عقد غيرهم و انّ المراد من حليّة البيع و تجارة عن تراض حلّية بيعهم وتجارتهم المراضاتية وعلى هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكه و بيعا له لفرض صدوره من الغير فضولة وحينما يكون العقد الصادر من الغير فضولة متعلقاً على ماله ليس عقداً له و بيعا مستنداً اليه و حينما يكون بيعاً له و مستنداً اليه بالاجازة ليس عقدا للمالك لفرض خروج المبيع عن ملكه فتكون أجازته ذلك العقدكاجازة الاجانب فلا تترتب عليها أثر بوجه.

و بالجملة لا نعقل وجها لشمول العمومات على ذلك بعد اجازته اذن لا نعقل وجها لصحة ذلك العقد و لا يفرق فى ذلك بين الكشف باقسامه حتى على معرفية الاجازة و النقل كما هو واضح نعم على النقل أوضح وعلى الكشف الحكمى واضح و سلّمنا شمول العمومات على ذلك بالاجازة و لكن تخرج عن ذلك بدليل المخرج فانّ مقتضى بعض الروايات المتقدمة هو عدم جواز بيع ما لا يكون مالكاً عند البيع

كقوله عليه السلام لاتوجب قبل الاستيجاب ولاتبع قبل الشراء وغير ذلك من الروايات فانّ الظاهر منها انّ من شرائط صحة البيع ان يكون البايع مالكا عند وقوع البيع عنه سواء كان ابتداء او بالاجازة فحيث ان المالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك فلايكون بيعه المستند اليه بالاجازة صحيحة فتكون تلك الروايات مخصّصه لتلك العمومات على تقدير شمولها لذلك كما هو واضح ومن قبيل تلك التصرفات الناقلة تزويج الأمة للغير من المالك فانّ هذا لايبقى مجالا لاجازة تزويجها الواقع فضولة لانّ المزوجة لاتكون زوجة واما التصرفات الغير المنافية للعقد السابق الفضولى فهى كالاستيلاد والاجارة و تزويج الأمة فقال المصنف انّها وان لم تخرج الملك عن قابلية وقوع الاجازة عليه الا انّه مخرج له عن قابليّة وقوع الاجازة من زمان العقد لانّ صحة الاجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة واذ فرض وقوعها صحيحة منعت عن الاجازة فهذان لايجتمعان .

اقول أما الاستيلاد فالظاهر أنه لاحق بالقسم الاوّل حتى على الكشف فانّ زمان الاجازة هو زمان كون البيع بيعا للمجيز واذا كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على مايظهر من الادلة فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالاجازة صحيحا وانكان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فانّ البيع يقع فى حال الاستيلاد نعم لوكان عدم الاستيلاد قيداً فى المتعلق كعدم كونه خمراً مثلا فيكون البيع صحيحا فانّ المجيز انّما يجيز البيع الواقع من الفضولى من زمان وقوعه ولاريب أن متعلقه فى ذلك الزمان ليس بأم ولد وانّما حصل الاستيلاد بعده وان كان المتعلق أم ولد

فی زمان الاجازة فانّه لیس بمناط ·

وأما الاجازة فهی تارة تکون منافیاً لما فعله الفضولی فلایعد ذلك أجازة وأخری لاتکون منافیة فانّه تارة تکون الفضولی قد آجر داره من الغیرمن مبدء سنة الی منتهی السنة ثم آجرها المالك فی تلك السنة کذلك أی من المبدء الی المنتهی ثم یجیز ذلك العقد الفضولی فانّه لا یصح لمنافات العقد الصادرمن المالك مع العقد الصادر من الفضولی لان الثانی لا یبقی موضوعا لاجازة الاوّل لعدم بقاء المورد علی تملیك المنفعة بالاجازة بعد تملیکه لها ابتداء بعقد الاجازة فتکون اجازته العقد الاول کاجازة الاجانب فلاتشمله العمومات فانه عند العقد لم یستند الیه ولم یکن العقد عقده وحین الاجازة لم یکن مالکا للمنفعة لتفویتها بالاجارة ·

وبالجملة انّ المالك وان کان قد تصرف فی العین بالمنفعة الغیرالمخرجة عن الملکیة ولکن مع ذلك التصرف فی المنفعة لم یبق موضوعا للعقد الاول فتکون اجازة ذلك باطلة لعدم کون المجیزمالکا لو اجازة وان لم یکن علی نحو لیکون منافیا للعقد الفضولی فلاتکون الاجازة باطلة کما اذا باع الفضولی دار المالك وقبل ان یجیزها المالك یوءجرها من الغیر ثم یجیز البیع الفضولی ففی هنا لا یتمّ کلام المصنف لعدم منافات العقد الصادر من الفضولی مع العقدالصادر من المالك فانه لوکان هو بنفسه یوءجرها ثم باعها من الغیرلم یکن باطلة لعدم منافات البیع مع الاجازة لکونه واقعا فی محلّه وصادراً من اهله وهکذا اذا تحقّق البیع بالاجازة ایضا فانّها صادرة من اهلها وواقعة فی محلّها اعنی البیع فیکون صحیحا لصحة الاجازة من -

أهلها غاية الامر انّ المشترى قدكان اشترى تلك الدار بشرط المنفعة وقد صارت مسلوبة المنفعة فى مدة فظهر العيب فى العين المبيعة فيثبت له الخيار وأما البطلان فلا وهذا نظير سكون المالك فى تلك الدار بين العقد والاجازة فانّه على الكشف كانت تلك المنفعة للمشترى وقد استوفاها المالك وفوتها عليه فلا يمكن له ان يجيز البيع حتى مع تلك المنافع لخروجها عن الملك وصيرورتها بالنسبة اليها كالاجانب فلابدّ ان يخرج من عهدة تلك المنافع ومع ذلك يثبت للمشترى الخيار فتحصّل انّ عقد الاجارة الواقعة من المالك فليس مطلقا على نحو لاتبقى مجالا للعقد الاول الفضولى وتكون منافية لصحة التاهلية وتكون موجبة لخروجها عن قابلية الاجازة به وكونه صحيحا بالاجازة كما لا يخفى ومن هنا ظهر حكم ما لو باع الفضولى امة المالك ثمّ زوّجها المالك من الغير فانّ ذلك لايوجب بطلان اجازة العقد الاول غاية الامر يكون المشترى مختارا فى الرضا بعقد البيع وفسخه وذلك من جهة ان التزويج لاينافى البيع حتى اذا صدر كلا الامرين من شخصه لامكان كونها ملكا لاحد وزوجة شخص آخر وانّما المنافات فيما يكون العقد الاول تزويجا مثل العقد الثانى فانّه حينئذ لايبقى العقد الثانى موضوعا للاول لانّ المزوجة لايتزوج ٠

بقى الكلام فى الرهن فهل يمنع ذلك عن الاجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونة فضولة أولا يمنع وقد اختار شيخنا الاستاذ الاوّل وقال ان رهن غير المديون انما يصح اذا رهنه نفس المالك بالمباشرة أو بالاذن منه وأما اذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانة وأما الاجازة والمفروض صحة الرهن فلا محل للاجازة ٠

و لكن كلامه هذا مبنى على النبوى المعروف الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف فانه بناء على هذا لاتصح اجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونة لكونها تصرفاً فيكون الراهن ممنوعامن ذلك كما هو المشهور و من هنا قالو أنّ من جملة شرائط العوضين ان لا يكونا مرهونين و أما اذا منعنا عن ذلك كما هو الحق لضعف النبوى وعدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغيرالمنافية للرهانة الغير الموجبة لزوالها جائزة وأما التصرفات الموجبه لزوالها فلا تجوز و حيث انّ بيع الراهن العين المرهونة لاينافى الرهانة لبقاء الوثيقة على حالها فلا مانع من أجازة البيع السابق الوارد عليها قبل الرهن فانّ غاية الامر أنها تكون مالا للغير فلا مانع من رهن مال الغير باجازته لجواز ذلك بلا شبهة اذن فلا مانع من اجازة الراهن البيع السابق الفضولى وصحته بها لكونها اى الاجازة صادرة من اهلها اعنى المالك لو لا الاجازة و يكون البيع بها واقعا فى محلّه ٠

و بالجملة معنى الرهانة هوكون العين المرهونة وثيقة عند المرتهن و هذا المعنى حاصل فيما يكون الراهن من اموال غيرالراهن ايضا فان المرتهن عند وفاء الراهن دينه يبيع ذلك و يستوفى دينه وعلى هذا فلا مانع بعد الرهن أجازة العقد ايضا غاية الامر يكون للمشترى الخيار فان المبيع ليس ملكا له بل هو فى معرض التلف مضافا الى كونه ممنوعا من التصرف فيه لاحتمال ان لايقدر الراهن على اداء دينه و يبيعه المرتهن فيستوفى دينه ٠

و الحاصل ان الفسخ انّما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء

على كون الرد موجبا لسقو العقد الفضولى عن قابلية لحوق الاجازة به وعن صحة التاهلية ثم ان الافعال على اقسام قسم منها يوجب و خروج الملك عن تحت مالكه لكون تلك الافعال تصرفات ناقلة وذلك كالعتق و الهبة و البيع و تزويج الأمة بعد تزويبها فضولة ويلحق بذلك الاستيلاد كما عرفت و قد عرفت السرّ فى ذلك بانّ الاجازة انمّا توءثر فى العقد اذا كانت صادرة ممّن يكون مالكا لو لا الاجازة فالمالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك حال الاجازة لو لا الاجازة ولكن لابدّ و ان يعلم انّ معنى تحقق الرد بها ليس اسقاط العقد عن قابلية لحوق الاجازة به وكونه ساقطا عن الصحة التاهلية كمايظهر من المصنف بل معنا سقوط المالك المجيز عن قابلية الاجازة فانه ليس بمالك ان يجيز و الاجازة لابدّ و ان تصدر من المالك لولاالاجازة كما عرفت فانها لاتدلّ على ردّ نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحة التاهلية كما يدلّ الرد المتحقق باللفظ على ذلك ٠

و يترتب على ذلك انّه اذا لم يسقط العقد عن تلك القابلية و قلنا بأنّه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الاجازة مالكا حال العقد فى العقد الفضولى كما تقدم اختياره من المصنف وان لم نقبله فللمنتقل اليه اى من انتقل اليه المال من المالك اصالة ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشترى كما كان للوارث اجازة العقد الواقع على مال مورّثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم فى مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقداالتزويج الواقع عليها فضولا و بين الاجازة لايمكن بقاء العقد على قابلية التاهلية فانّه بالعتق يزول موضوع البيع الفضولى و متعلقه فلا تصح أجازة البيع

العبد المعتق لامن المالك لعدم كونه مالكا بل لايقدرعلى تملكه اصلا لانّ الحرّلا يصبرعبدا ولا من غيرالمالك المعتق لعدم انتقاله اليه بالعتق مثل البيع ونحوه فانّ العتق فك ملك لانقله الى غيره وكونه مالا له ليمكن له اجازة العقد السابق فلاجل ذلك فقهراً يسقط العقد السابق ايضا عن قابلية لحوق الاجازة بها ٠

لا يقال انّ العتق كغيره من التصرفات المنافية لايوجب خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة به وانّما يوجب كون المعتق غير- قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابلية التاهلية اذن فيمكن تعلق الاجازة به حينما صار الحرّعبداً فيما اذا امكن كما اذا ارتدّ ثم صار اسيراً للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث ٠

فانه يقال وان كان فی الوارث ايضا ملك جديدو ليس اشكال من هذه الجهة ولكن العقد فيه لم يخرج فی زمان عن القابلية التاهليّة للصحة وانّما استمرت تلك القابلية فی عمود الزمان لاستمرار الملكية وهذا بخلافه هنا فانه لم تستمر الملكية هنا فی زمان الحرّية وخرج العقد فی هذه الزمان عن القابلية وبطلت لذلك وبعد صيرورة الحرّ عبداً يحتاج عود تلك القابلية على دليل فلايمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا بالاجازة وتوهم شمول العمومات عليه ومن هنا ظهرانه لافرق فی تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أوفی غيرحال الالتفات فانّ المناط فی تحققه هو سقوط المالك المجيزعن قابلية الاجازة وكون القصور فی ذلك من قبله ولايفرّق فی ذلك بين الحالتين ولا يكون الجهل مانعا عن عدم تأثيرتلك التصرفات فی سقوط المالك عن قابلية

الاجازة لانّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم و القصد ليمنع عن الجهل ٠

و اما الاجازة و الرهن فقد عرفت انهما لايمنعان عن بقاء قابلية العقد عن لحوق الاجازة المالكية بها كما لايمنعان عن بقاء قابلية مالك المجيزعن أجازتهما لان الرهن و الاجازة فى بعض اقسامهما كما عرفت لاينافيان العقد السابق الفضولى ليوجب تحققها انعدام قابلية لحوق الاجازة به وكونه ساقطا عن الصحة التاهلية ٠

قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافية لملك المشترى من حين العقد ٠

اقول و أما التصرفات الغير المنافية لاجازة البيع فقد فصّل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فيكون تصرفه بمثل ذلك رداً للعقد السابق و بينما لايكون ملتفتا بالعقد فلا يكون مثل تلك التصرفات رداً للعقد السابق ٠

و أما الثانى فقد أفاد فى وجهه بان الرد كالاجازة يحتاج الى القصد فبدونه لا يتحقق فحيث ان غير الملتفت ليس له قصد الى الرد فلا يتحقق بفعله ذلك ايضا لعدم كونه هذا انشاء للرّد فلا يكون منافياً للاجازة اللاحقة و بعبارة اخرى ان اللازم فى تحقق الرّد تحقق عنوانه وكون الفعل بالحمل الشايع رداً لا ان مجرّد صدور الفعل يكون رداً كما هو واضح و ليس ذلك مثل الطلاق ليكون انكاره رجوعا و ان لم يكن المنكر ملتفتا بذلك كما هو الظاهر من الفقهاء ومن اطلاق كلامهم فانّ لازم معنى الانكار هو ادعاء انها زوجته فيكون ذلك رجوعا و امّا فى صورة الالتفات فافاد انّ مثل تلك التصرفات كتعريض المبيع

للبيع او المعاملة عليه بالبيع الفاسد اوغير ذلك ممّا يصد منه مع العلم بتحقق بيع السابق الفضولى لى على ذلك المبيع فيكون ردآ واستدل عليه اولا بالاخبار المتقدمة من قوله ان شاء ترك و ان شاء فعل و غيرها ممّا ورد فى نكاح العبد و الامة بدون اذن السيد الى غير ذلك ما يدل على ان للمالك الرّد للعقد الفضولى فلا شبهة فى صدق الرد على مثل تلك التصرفات و أجاب عنه بما هو متين جدا و حاصله أن غاية ما يستفاد منها هو ان من له العقد او مالك العبد و الامة له اجازة العقد و له رده و اما ان الرّد باى شئ يتحقق فليست فيها تعرض الى ذلك و دعوى صدق الرّد على تلك التصرفات مصادرة وكذلك دعواه ان المجيز بعد صدور تلك التصرفات منه يصير اجنبيّا عن احد طرفى العقد فلا يؤثر اجازته فى العقد السابق فانّ هذا ايضا مصادرة و دعوى كون المجيز بعد تلك التصرفات مثل من صدر منه الرّد القولى ايضا اول الكلام و مصادرة واضحة والعمدة مايستدل به ثالثا من فحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع و بعبارة اخرى ان فسخ العقد فى العقود الخيارية رفع ورد العقد الفضولى دفع و لاريب أن مئونة الرفع اكثر من مئونة الدفع فاذا كان امثال تلك التصرفات رفعاً فتكون دفعا بطريق اولى

و فيه أنه قد تقدمت الارشارة الى جوابه فى صحيحة محمد بن قيس و توضيح ذلك ان فى العقود الخيارية قد صار المبيع ملكا للمشترى و صار من جملة امواله فلا يجوز لغيره التصرف فيه بوجه غاية الامر أن البايع بما انّ له الخيار فيجوز له فسخ العقد و يتصرف فى ذلك بعد

فسخه هذا فاذا تصرف فی ذلك المبيع تصرفا لا يجوز لغير المالك أو يكون فی نظر العرف ممّا يكون من آثار الملك فبالملازمة يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا فی محلّه وصادراً من اهله وهذا بخلاف المقام فانّ المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله وطبع المطلب يقتضی جواز تصرفاته لكونه مالكا و تصرفه واقعا فی ماله وكيف يقاس ذلك بالفسخ فی العقود الخيارية فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الرّد بها بل تقدم أن التصرفات المنافية للعقد السابق الفضولی لا تدلّ على الرّد بل على سقوط المالك عن القابلية لاجازة العقد وكيف بالتصرفات الغير المنافية لذلك العقد ٠

و بالجملة فمجرّد كون الفسخ رفعا و الرّد دفعا لا يدل على تحقق الرّد بمثل تلك التصرفات فی باب رد العقود الفضولية بل بالتصرفات التی اقوى منها كما تقدم وأما الوطی فهو لا يدلّ حتى على الفسخ فی العقود الخيارية ايضا لامكان كونه زناً منه فلا يدل على ذلك وحمل فعل المسلم على الصحة لا يوجب كون الوطی موجبا لتحقق الفسخ به فان مفهوم الوطی ليس منافياً لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فانه مناف للبيع فانه لا بدّ وان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه و بعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلك المفهوم والحكم بالصحة راجع الى حكم الوطی وكذلك لا يدل على الرّد هنا نعم يكون رجوعا فی المطلقة رجعية حتى مع قصد الزنا لكونها زوجة حقيقة ٠

بقی الكلام فی انّ مثل تلك التصرفات هل تنافی العقود الجائزة أم لا كما أذا أوصى شيئا من أمواله لاحد ثم عرضه الى البيع أو وكّل

احدا فی بیع داره ثم أوقع علیه بیعاً فاسداً اوعرضها علی البیع فهل یوجب ذلك بطلان الوصیة و فسخ عقد الوكالة أم لافقد ظهرمما ذكرنا عدم دلالة شئ من ذلك علی فسخ العقد فان طبع كون شخص مالكا علی شئ یقتضی ذلك الا ان یبقی موضوعا للوكالة و الوصیة كما اذا باع الموصی به أو باع ما وكل شخصا فی بیعه فانه لایبقی حینئذ موضوع للوكالة و الوصیة كما هو واضح ٠

قوله :

رحمه اللّه ٠

مسئلة لو لم یجز المالك فان كان المبیع فی یده اقول اذا عرض العقد الفضولی للمالك فان أجاز فیاتی فیه ما تقدّم من التفصیل و ان رد فان كان العین عند مالكها فلا كلام لنا فیه و ان كانت عند البایع او المشتری وكانت باقیة فیرجع الیهما و هكذا الامر فی الایدی المتعاقبة فله الرجوع بای منها شاء و الا فعلی البایع قیمتها كما هو مقتضی الید و السیرة المستمرة وقد تقدم فی المقبوض بالعقد الفاسد أن المالك یرجع علی القابض وكذلك المغصوب علی الغاصب بقیمة یوم الدفع بحسب القواعد و لكن مقتضی صحیحة أبی ولاد أن یرجع الی قیمة یوم الغصب وكذلك فی المقام سواء كان البایع الفضولی غاصبا اوغیر غاصب ثم اذا قلنا بالضمان باعلی القسیم فیكون مبدء اخذ ذلك بالنسبة الی كل ضامن زمان دخول العین تحت زمانه فیكون البایع الاول ضامنا من اول وضع یده علیها الی زمان دفع القیمة حتی اعلی القیم عند دخولها تحت الایدی المتاخرة و هكذا كل شخص یضمن ذلك من زمان وضع الید الی زمان دفع القیمة و

الوجه فی ذلك انّ بمجرّد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه الى ان يؤديها الى مالكها و هذا المعنى مسمر الى زمان الدفع و منحلّ الى ضمانات عديدة فيؤخذ الاعلى القيم من جميع تلك الضمانات وأما الاشخاص المتأخرة لايضمنون على الاعلى القيم قبل الاخذ فلو كانت العين فی يد البايع الاوّل يحاذی بخمسة و باعها من المشتری وصارت عنده يحاذی بعشرين ثم نزلت قيمتها الى اربعة و باعها من الآخركذلك و ترقی قيمتها عنده الى خمسين ثم نزلت الى عشرة فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الاخير لا يضمن الا على العشرة لانه لم يأخذ زايداً عن ذلك و لم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامناً عليه بمقتضی اليد او بالسيرة وأما السابقين عليه كلهم يضمنون بخمسين فانها فی عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهدة ولوكان عند الاوّل بخمسين وعند الثانی بعشرين و عند الثالث بعشرة و عند الرابع بخمسة فلا يضمن بالخمسين الا الاوّل و لاخير بالخمسة و الثانی بالعشرين و الثالث بعشرة لعين ما عرفت و اذا رجع المالك على الاول فبها و ان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقية القيمة من البايع الاوّل وعلى ما ذكرناه قد اشار المصنف بقوله ولوكان قبل ذلك فی زمان آخر و فرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الاخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه وكذلك يضمن البايع و المشتری الى ان ينتهی الى الاخر بالمنافع ايضا كما هو مقتضى اليد و السيرة اما المستوفات فبلا شبهة وأما المنافع الغير المستوفات على اشكال فقد تقدم الكلام فی ذلك تفصيلا و بالجملة حكم المنافع فی الضمان حكم الضمان

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين ·

وأما الصفات التى تزول بعد وجودها كما اذا كانت العين وقت وجودها عند البايع فاقدة لصفة وحدثت بعد انتقالها الى الثانى او الثالث بان كانت مهزولة ثم صارت سمينة أوكانت عبدا غيركاتب ثم صارعبداً كاتباً وتعلم الكتابة فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع عراء تلك الصفات يكون ضامنا بها ايضا كضمانه باعلى القيم ولو فى يد اللاحق وبالمنافع المستوفات وغيرها الجامع مطلق المنافع الفائتة أم لا يضمن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختارشيخنا الاستاذ الاول وان كل سابق يضمن بالعين وبجميع شئونها من المنافع والصفات ولوكانت حاصلة فى يد اللاحق أوفاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفة الكمال كانت فى عهدة الضامن الاول فيضمنها بجميع شئونها نعم لوكانت حاصلة و فائتة فى يد السابق فقط لا يضمنها اللاحق ولكن الظاهر ان السابق لا يضمن الصفات الحاصلة فى اليد التالية وانما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها وذلك فانّ مقتضى اليد او السيرة ليس الاضمان البايع الاول سواء كان غاصبا اولا بالعين مع الحيثيات القائمة فيها فهذه الحيثية بالنسبة الى المنافع موجودا فى العين فانها متصفة بالفعل بحيثية الانتفاع بها وقابلية استيفاء المنافع منها بالفعل وهذا بخلاف الاوصاف فان العين وان كانت لها قابلية السمن وقابلية تعلم الاوصاف الكمالية ولكن حيثياتها الفعليه بحيث لو اراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لامكن غيرموجودة فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

دون السابق عليه و دون اللاحق به كما هو واضح ٠

وعلى هذا فلو سمنت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابة ثم زالت عنه ذلك فيضمنها من حدثت تلك الصفات فى تحت يده و تلفت عنده ولو انتقلت العين الى غير من حدثت الاوصاف عنده و تلفت لديه ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الاوصاف تحت يده و من تلفت عنده معا ايضا ٠

و بالجملة نحن نتبع فى الحكم بالضمان بدليله فباى مقدار اقتضى نتبعه و الا فلا هذا كله حكم المالك مع الغاصب و المشترى وأما حكم المشترى مع الفضولى فيقع الكلام فيه تارة فى الثمن و اخرى فيما يغرمه للمالك فهناك مسئلتان كما فى المتن امّا الاولى ان المشترى تارة يكون جاهلا بكون البايع الفضولى فضوليا أو غاصبا و اخرى يكون عالما به أما الاول فتارة يعترف المشترى بكونه مالكا بالعين و أخرى لا يعترف وعلى الثانى فيرجع على الفضولى لثمن سواء كان تالفا أو باقيا لغروره اياه وعلى الاول تارة يكون اعترافه عن علم و اعتقاد بان المبيع مال البايع وعليه فلا شبهة فى عدم رجوعه الى البايع فانه بمقتضى اعترافه قد يكذب البينة التى اقامتها المالك على كونه مالا له فيكون اعترافه على نفسه فيأخذ المالك المال بعد اقامة تلك البينة فلا يرجع المشترى الى المالك على حسب اعترافه و أخرى يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لا يوجب اخذ المعترف به لزواله بزوال مدركه بأقامة المالك البينة على ان المال مالة لكونها مكذبة لليد وكاشفة فى الظاهر عن كونها اى اليد يدعدوان و غصب و انّما استملكت مال الغير عن غير حق و ان كان فى الواقع محقاً ولو

ترد د اعترافه بین کونه مستندا الی الاول او الی الثانی فهل حکمه حکم الاول فیلحق به او الثانی ذکر المصنف ذلك و لم یرجح أحد الطرفین و لکن الظاهر ان یلحق ذلك بالید فان الغالب بل الظاهر من المشترین یشترون و یستندون الی الید و لذا لو سئلو عن ذلك فیجبو بذلك و انه کان مال فلان لکونه فی یده ۰

و الدلیل علی ذلك ان الحجج الشرعیة لاموجب لرفع الید عنها الا بحجة اخری فالبینة القائمة علی أن المبیع للمدعی دون البایع من الحجج الشرعیة و انما نرفع الید عنها هنا بواسطة اقرار المشتری علی ان المال للبایع مستندا فی اقراره هذا الی العلم فانه یؤخذ باقرار کما عرفت فلا یثبت له الرجوع الی البایع بمقتضی البینة القائمة علی أن المال للمالك دون البایع لکون اقراره هذا حجة و أما فیما لم یثبت ذلك الاقرار و لا علم لنا فی کونه مستندا الی العلم الوجدانی لیکون اقراره قابلا لأخذ مقره به بل یمکن مستندا الی الید فلا موجب لرفع الید به عن البیّنة و الا یلزم رفع الید عن الحجة بغیرها و یکفینا الشك فی ذلك ایضا لانه لا یمکن رفع الید عن الحجة بامر یحتمل کونه حجة قائمة علی خلافها ۰

قولـــه و ان کان عالما بالفضولیة ۰

اقول : لا اشکال فی انّه مع بقاء العین لابدّ من ردها الی صاحبها و هو المشتری و لا یفرق فی ذلك بین کون المشتری عالما بالفضولیة او لم یکن عالما بها فانّه انّما اعطی الثمن للبایع علی ان یکون المثمن له ولو مع علمه بکونه غیر مالك فاذا لم یترتب علی ذلك الاعطاء ذلك الغرض فیکون الثمن باقیا فی ملکه و توضیح ذلك یظهر

بذكرما ذكره المصنف وقد استدل على كون العين باقية فى ملك المشترى على تقديرالبقاء بوجوه الاول انه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا بيان ذلك ان النقل والانتقال لابدّ له من سبب شرعى فما لم يحصل فلا مقتضى لذلك وهذا متين خصوصا بضميمة ما ذكره اخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا انها ناظرة الى الاسباب وحصراسباب التجارة بالتجارة عن تراض فان المراد من الاكل هوالتملك دون الازدراد وان اسباب ذلك الملك هى التجارة عن تراض كما هو واضح وبالجملة أكل البايع الفضولى الثمن ولو مع علم المشترى بعد مالكية بلا مقتضى وسبب وأكل للمال بالباطل

الوجه الثانى ما اشار اليه بقوله ومجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله وفيه انّه يردّ عليه ما أفاده بعد أسطر من الفرق بين المقام وبين المقبوض بالعقد الفساد فان فى المقبوض بالعقد الفاسد ان الشارع قد منع عن مضى ذلك العقد وتاثيره فى النقل والانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك وحصول الضمان الخاص المعاملى فاذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحية عدم امضاء الشارع فيكون اقدامهما على الضمان الحقيقى فيكون كل من البايع والمشترى ضامنا لما اخذه من صاحبه وهذا بخلاف المقام فان دفع المال الى البايع الفضولى سواء كان غاصبا أوغيرغاصب ليس الا- كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على أتلافه فى أن ردّ المالك لايوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل.

الوجه الثالث ما اشار بقوله ولان الحكم بصحة البيع لو اجاز

المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البايع قبله يلزم فوات محل الاجازة لان الثمن انّما ملكه الغير فيمتنع تحقق الاجازة ثم أمر بالتامل وفيه انه قد تقدم سابقا انّما هو متفرع على البيع و بعد تحققه يسلط المشترى البايع على ذلك فاما على الكشف فواضح اذ الملكية انّما حصلت من زمان العقد فالتسليط انّما هو تسليط المالك على ملكه و متفرع على ذلك الملكية الحاصلة بالعقد من حين العقد ·

و أما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعا بحصول الملكية بالاجازة المتأخرة من المالك فان أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع و ان لم يجز فيكون للبايع فيكون التسليط منجزا لان التسليط من الاول منجز و ان المشترى سلط البايع على ماله منجزا كما هو واضح ·

و هنا وجه رابع لشيخنا الاستاد من أن التسليط لايزيد على الهبة المجانية فلا فرق بين صورة العلم و الجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على الهبة مادامت باقية وكذلك كل من البايع و المشترى لوكان الثمن او المثمن غصبا و فيه ان هذا ايضا لاكلية له فان ـ الواهب ليس له الرجوع على العين على الاطلاق لوكانت باقية فانها لوكانت ثوبا فقصّر او شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها وكذلك لوكانت لذى رحم و ان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتنزيل المقام عليها و الحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام ·

و من هنا ظهر حكم الجهة الثانية ايضا اعنى جواز تصرف كل

من البايع والمشترى فيما اخذه فى مقابل المغصوب وانه غير جائز وتصرف فى أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لايوجب الاذن فى التصرف لانه انّما سلطه على ماله بعنوان المعاوضة والمعاملة بحيث يكون مالا له فيتصرف فى ماله لا انّه سلطه عليه ليصرف مال الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضة لكونه مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف ·

قوله رحمة اللّه اما لوكان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشترى بل المحكى عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه ·

اقول قد بنى شيخنا الانصارى تبعا لهؤلاء الاعاظم على عدم الضمان فى هذه الصورة اعنى بيع الغاصب لنفسه وأخذ الثمن من المشترى لنفسه وتلفه عنده وتبعه شيخنا الاستاذ وان ناقش فى بعض خصوصيات كلماته والوجه فى ذلك كما صرح به بعضهم انه سلطه على ماله بلا عوض ·

ومحصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لاحد الامرين كما تقدم فى قاعدة ما لايضمن اما دليل اليد وان من وضع يده على مال غيره فلابدّ له ان يخرج من عهدته بجميع شئونه وخصوصياته كما تقدم واما قاعدة الاقدام على الضمان كما استدل بها شيخ الطائفة وغيره فى ما لايضمن واما قاعدة اليد فهى وان كانت مسلمة ومتسالما عليها بين الفقهاء ولكنها خصّصت بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه اليه المال لحفظه كما فى الوديعة والاجارة والعارية فان دفع العين فى هذه الموارد ليس

الا بعنوان الوديعة دون الضمان فلايكون تلفها موجبا للضمان وعلى هذا فاذا كان دفع المال و تسلط الغيرعليه ليتصرف فيه و يتلفه فلا يوجب الضمان بطريق أولى فلا يكون ذلك الا كالبيع بلا ثمن و الهبة الفاسدة و الاجارة بلا اجرة فلا يكون فيها ضمان وكذلك يكون مثلا اعطائه الى ثالث فان الجامع فى جميع ذلك هو ان التسليط فيها مجانى كما لايخفى. و اما قاعدة الاقدام فهى ايضا غيرجارية هنا اذ لم يقدم البايع على الضمان بالثمن لعلم المشترى بكونه غير مالك و انما الضمان به فيما يكون ذلك من البايع المالك فيكون اعطاء الثمن حينئذ فى مقابل ماله تضمينا له. بالمال الذى هو الثمن و لذا يكون ضامنا مع الفساد ايضا ثم اورد على نفسه بانّه ایّ فرق بين المقام و بين بيع الغاصب الذى تقدم فان تصحيحه انّما كان بانّ البيع فيه حقيقة واقع عن المالك لان معرفة المالك شخصه و خصوصية غيرلازم و خصوصاته غير دخيلة فى صحة البيع بل يكفى فيها العلم بوجود المالك الكلى لتحقيق مفهوم المبادلة اعنى تبديل مال بمال فى الاضافة المالكية بحيث لوكان هذا ممكنا لم تعتبر ذلك الكلى ايضا فليكن الامركذلك فى المقام ايضا فيكون كبيع الغاصب لكونه بانيا ولوعدوانا على كونه ملكا له ولولاذلك البنا لم يتحقق مفهوم المعاوضة اصلا فلا يصح مع الاجازة ايضا فان البيع قوامه بدخول العوض مكان المعوض لاملك شخص آخر و بالجملة :ان كان بانياً على الملكية فلا شبهة فى صحة معاملته فيكون كبيع الغاصب فيكون يده و اقدامه مضمنين و ان لم يكن بانياً على المالكية فلا يصح ببيعه حتى مع الاجازة فيخرج عن المفروض ٠

ثم : اجاب عن ذلك بانّه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشئ فى عهدة الضامن و خسارته عليه و اذ لم يكن المبيع ملكا للبايع لاحقيقة و لا أدعاء مع علمها بالواقع وكون المال لغيره حقيقة فكيف يتحقق الضمان باقدام البايع على أخذ مال المشترى باختياره و تسليطه له عليه لكونه كالاعطاء الى شخص ثالث و هذا بخلاف بيع الغاصب فانه بأدعائه مالك للمبيع مالكية بنائية فالخطاب ببعتك انما هو متوجه للمالك غاية الامر توجه الى الغاصب من باب الخطاء فى التطبيق فالمبادلة انما وقعت حقيقة و فى الواقع بين مالى المالكين الحقيقين فيكون الاقدام و اليد هنا مضمنين و بعد اجازة المالك فيكون الضمان عليه ٠

ثم اورد على نفسه بانه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم و الجهل فى البيع الفاسد حيث حكمتم بالضمان هناك و بين صورتيه هنا فلا تحكمون به فاجاب عنه بان التضمين الحقيقى حاصل فى البيع الفاسد لانّ المضمون به مال الضامن غاية الامر ان فاسد العقد من جهة عدم امضاء الشارع مانع عن مضىّ هذا الضمان فاذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون اصل الضمان بالاقدام باقياً على حاله لقاعدة الاقدام او لقاعدة اليد من دون ان يكون هنا تسليم و تسلّم مجانى و هذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى و ليس الا كتسليط ثالث عليه و اعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمراً او خنزيراً او أم ولد فانه لاضمان هناك ايضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه (رفع فى علو مقامه) ٠

وفیه انّه وان اتعب نفسه واطال کلامه ولکن اسقط من کلامه ما هو نکتة المقام ای صورة بیع الفضولی مال الغیر لنفسه و هی ان المشتری انّما سلّط البایع الفضولی علی ماله بانیا علی فساد العقد فیکون کسائر العقود الفاسدة فلا وجه لتفرید ذلک عن غیرها من العقود الفاسدة اذن فلا وجه لقیاسه بالبیع بلا ثمن فانّه لیس الا هبة مجانیة ولا بالاجارة بلا اجرة و بالعاریة و باعطائه لثالث فان فی جمیعها ان التسلیط لیس الا مجانیاً وهذا بخلاف المقام فان التسلیط فیها لیس مجانیا ولذا لو سئل عنه انّك وهبت مالك او اعرت فیجیب انی عاملت مع فلانی ویدل علی ذلك انّه لوکان التسلیط مجانیا لم یکن وجه للحکم بکونه ای البایع غیر جائز التصرف مع ان المصنف حکم بحرمة التصرف فی الثمن وبالجملة لا نعرف وجها للفرق بین ما نحن فیه وبین سائر العقود الفاسدة والنکتة هی ما ذکرناه من ان التسلیط والتسلّط مبنی علی الفساد ای علی فساد العقد فیکون ذلك کالعقود الفاسدة وقد عرفت الضمان فیها کما عرفت ان قاعدة ما یضمن لیس له أساس وأن تکلف المصنف فی شرح الفاظها وقد ذکرنا تطبیقها علی القاعدة من ان المراد بذلك هو ان العقد الذی کان صحیحة مبنیاً علی الضمان ففاسده ایضا کذلك بخلاف مثل الهبة ونحوها وظهر لك أن المقام غیر مربوطة بالبیع بلا ثمن لیکون هبة فاسدة حتی یتوهم أنّ فی صحیح الهبة لاضمان وکذا فی فاسدها ایضا .

فتحصل ان قاعدة الید لم تخصّص فی المقام بما ذکره المصنف واما ما ذکره من قاعدة الاقدام بالضمان فقد ذکرنا فی مالا یضمن

ان الاقدام لاموضوعية له و لا ان له دليل فى كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره فى وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذى اليد مقدما عليه فانّه لاضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعة و العارية و العين المستأجرة و نحوها و الا فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح ٠

نعم لوكان المبيع مما لا يملك فى نفسه كالحرّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صورة بيع و لفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البايع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فانّ هذا نظير بيع البايع ماله بلا ثمن فانه ليس من مفهوم البيع بشئ ليكون بيعا فاسدا و يأتى فيه ما قلناه فى البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابلية المتعلق لوقوع البيع عليه ٠

و اما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق فى نظر العرف من الاموال بل من الاموال المهمة كالخمر و الخنزير و انما الشارع ـ الغى ماليته و اسقطه عن المالية فيكون تسليم المشترى الثمن الى البايع ايضا مبنيا على البيع الفاسد فيكون البايع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر ايضا ما فى كلام المصنف من انّه لوكان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحرّ قوى اطراد ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها الملك مع علم البايع بالحال فانه يتوجه فى صورة كون المعوّض حرا لا فى صورة كونه خمراً او خنزيراً ٠

ثم بقى هنا امور فى كلام الشيخ قد ذكرها فى ذيل المسئلة

الامرالاول ان مقتضى ما ذكرناه فی وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع فيما يكون البايع غير بايع لنفسه بل انّما باع للمالك وانما دفع المشترى الثمن اليه ليصله الى المالك فتكون واسطة فی الايصال و تلف فی يده اذا لم يسلطه عليه ولا أذن له فی التصرف فيه فضلا عن اتلافه ·

و فيه أن هذا من عجائب المصنف فانه ليس هنا شيئ من اسباب الضمان فان البايع وان اخذ الثمن من المشترى وتلف عنده ولكن ليست يده يد أتلاف هنا كما صرح به (وقال و تلف) مع ذكره الاتلاف بعده وانما تلف عنده بتلف سماوى بلا تفريط من البايع فلا موجب للضمان لكون البايع امينا فی ايصاله الى البايع فقط و كان له ان يعكس الامر و يقول بالضمان فيما باع مال المالك لنفسه مع علم المشترى به و اخذ الثمن و تلف عنده او اتلفه بنفسه كما قلنا به ولا يقول بالضمان هنا نعم لوكان التلف مستندا اليه فيكون ضامناً فهو أمر آخر ·

الامر الثانی انه لو اخذ البايع الثمن بنفسه من أن يسلطه المشترى عليه فيكون ضامنا مع التلف لعدم التسليط الموجب لعدم الضمان ولوكان الاخذ بانيا على العقد الواقع بينهما و هذا واضح كما افاده فی المتن ·

الامر الثالث انه افاد تحقق الضمان ايضا لو اشترط على البايع الرجوع بالثمن لو اخذ العين صاحبها فانّه ايضا لم يسلطه على الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف يكون البايع ايضا ضامنا ·

الامر الرابع انّه لافرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن

كليّا او معيّنا فان المشترى مع كون الثمن كليا قد طبق ذلك الكلى على الفرد و سلّط البايع عليه بانيا على العقد فيكون البايع ضامنا عليه للمشترى وحيث ان المصنف قد اختارعدم الضمان فى كون الثمن شخصيا فقد اختارعدمه هنا ايضا ٠

قوله المسئلة الثانية ان المشترى اذا اغترم للمالك اقول هذه هى الجهة الثالثة فهى ان المشترى لو اغترم للمالك غيرالثمن من زيادة القيمته السوقية او زيادة على اصل القيمة او المنافع المستوفات او الغرمات التى صرفها للعين و لم يستوفى فى عوضها منفعة فهل يضمن المالك بتلك الغرامات او لا يضمن ٠

توضيح الكلام فى ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو اخذ زيادة القيمة على اصل الثمن بان اشترى على عشرة دنانير و كانت قيمة العين عشرين ديناراً فهل للمشترى ان يرجع الى البايع فى زيادة القيمة ام لا ٠

االثانية فى انه اذا استوفي منفعة من العين كان اشترى الدار وآجرها من غيرها فاخذه المالك العين و اجارتها الثمن فهل للمشترى ان يرجع الى البايع فى تلك المنافع ايضا ام لا ٠

الجهة الثالثة قيمة المنافع الغير المستوفات ٠

الجهة الرابعة ان المشترى اذا اغترم للعين غرامة بان صرف مقدارا من المال فى اصلاح العين من دون أن يأخذ فى قباله منفعة فهل يضمن البايع بها و له الرجوع اليه أم لا و من هذا القبيل انفاق العين المشترى ٠

اما الجهة الرابعة فقد استدل على الضمان هنا بقاعدة نفى

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشترى الى البايع فى تلك الغرامات ضررعليه فينفى بدليل نفى الضرر.

و فيه انّه معارض بكون الرجوع ضررا للبايع فليس نفيه عن المشترى بدليله ارجح من نفيه عن البايع و قد حققناه فى قاعدة لاضرر.

و قد استدل ايضا بان البايع هو السبب فى غرامات المشترى فيكون ضامنا لان من تسبب فى وقوع امر فهو اولى بانتساب المسبب اليه.

و فيه ان التسبيب تارة يكون على نحو يكون الواسطة ملغى عن الموضوعية و خارجا عن الاستقلالية و اخرى لايكون كذلك بل يكون السبب داعيا الى صدور الفعل فقط اما الاول فكمن تسبب فى قتل احد باعطاء السكين لمن لايعقل من الصبى و المجنون و السفيه و ادخاله فى جوفه او حفتى بئرا فوقع فيه احد فان الفعل يستند حقيقة الى السبب و الوسائط فى امثال ذلك لا اعتبار لها و من هنا يعامل مع السبب معاملة القاتل فيؤخذ منه الدية فان الفعل حقيقة فعله و هو الفاعل فى ذلك.

اما الثانى بان لايكون تسبيب حقيقة بل يكون السبب داعيا الى وقوع الفعل و صدوره فقط بان يقول لاحد مع كونه عاقلا وكاملا اقتل فلانا او اعطى سكينا و قال اقتل زيدا فان البعث و التحريك على تقدير حرمته ليس سببا للفعل بحيث يوجب ان يستند الفعل على تقدير صدوره الى الفاعل و يكون الفعل فعله و يعامل معه معاملة الفاعل لذلك الفعل كما هو واضح فحيث ان البايع ليس سبباً تاماً لغرامة المشترى بل هو داعى لذلك فلا يستند الغرامات

الى فعل البايع بعنوان التسبيب ليكون ضمانها اليه كما هو واضح ٠

وحاصل الكلام انه اذا اغترم المشترى فى العين المبيعة فهل يرجع الى البايع فى ذلك أم لا فهنا جهات ثلاث الاولى انه اذا اغترم زيادة القيمة مما اخذه المشترى بان كان المشترى اشتراه بعشرة وكانت قيمته عشرين او ترقت الى عشرين ٠

الجهة الثانية فى المنافع المستوفات كأن آجر الدار او الدابة اوغير ذلك من المنافع المستوفات ٠

الجهة الثالثة فى المنافع الغير المستوفات و المخارج التى صرفها للعين من كيسه ولم يستوفى من العين شيئا و من هذا القبيل انفاق العين اما فى صورة العلم بالحال فلا يرجع بشىء من ذلك اما فى صورة الجهل فهل له ان يرجع فى ذلك الى البايع أم لا ٠

اما الجهة الثالثة فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدل فيها بالضمان بوجوه الاول قاعدة لاضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر على المشترى وفيه انه على تقدير شمول قاعدة لاضرر على ذلك ـ فهى متعارضة فان الرجوع ايضا ضرر على البايع فلا وجه لتقديم المشترى عليه ٠

الثانى بقاعدة التسبيب بدعوى ان السبب فى تضرر المشترى هو البايع ٠

وفيه انها لم تردّ فى آية ولا فى رواية ولا انها معقد اجماع اذن فلابدّ من ملاحظة ان الفعل الصادر من المسبب على نحو يستند الى السبب اولا فان كان مستندا الى السبب سواء كان مع

ذلك لفاعل الفعل اختيارام لا و سواء كان التسبيب امراً شرعيّاً ام لا فيحكم بالضمان مثلا اذا امرصبيا ليفتح باباً فاذا فتح يطير الطير الموجودة فى الداراو امره بقتل احد و هكذا المجنون و السكران فان الفعل فى امثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الاولية ايضا تكون متوجهة عليه كما تقدم فى بحث المكاسب المحرمة و من هذا القبيل حفرالبئرليقع به احد فوقع و مات او نصب سكينا فى قعر البئر فقتله السكين اوغير ذلك من الموارد التى يستند الفعل الى السبب حقيقة و ان كان للواسطة اختياركالصبى و من هذا القبيل ما يكون التسبيب شرعيا كما اذا شهد بالشهادة الزور فاوجب ذلك غرامة المشهود عليه ثم رجع فى شهادته فانه تكون الغرامة على الشاهد لكونه سببا فى غرامة المشهود عليه و اما فى غير تلك الموارد بحيث لايكون تسبيب فى البين فلا يضمن السبب بشيئ لكونه داعياً محضاً فى صدور الفعل من الفاعل و انما الفاعل فعل ذلك بقدرته و اختياره فيكون الضمان عليه .

الثالث بقاعدة الغرور بان المغرور يرجع الى من غرّ و هذه القاعدة و ان كان لم يبعد ان تكون رواية نبويّة و لكنها غير منجبرة بعمل المشهور حتى مع الغمض عن الكبرى الكليّة بان الشهرة لا تكون جابرة لضعف السند و ذلك لخصوصية فيها التى تمنع عن الانجبار و هى ان المشهور لم يمكن ان يستند وافى عملهم و فتواهم هنا بالضمان لاجل التسبيب و قاعدة الضرر او الروايات الخاصة وعليه فلا ينجبر ضعفها بالشهرة بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها و ذلك فانهم و ان ذهبوا الى الضمان فى هذه المسئلة و لكن مقتضى

العمل بالقاعدة ان يعملوا بها فى جميع موارد الغرور ويفتون بطبقها اينما سرت و لم يخصّوا الحكم بهذا الموارد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم احد بانه لوغرّ احدا فى اكل مال الغير بانه راضى بذلك اوغرّه فى شراء شئ على ان يربحه كذا وكذا فانكشف ان المالك لم يرض و ان المبيع لم يربح له بشيئ بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضرر المغرور و هكذا سائر موارد ـ الغرور فانّه لم يفت المشهور فى امثال ما ذكرنا من الامثلة بالضمان بل افتوا فى خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطتة سندا ودلالة الا ان يكون هنا تسبيب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا امر آخر غير مربوطة بقاعدة الغرور و قد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الاولية كما ان الاحكام التكليفية ايضا ثابتة له بتلك الخطابات .

الرابع الروايات الخاصة الواردة فى باب النكاح التى تدلّ على ان من غرّ احداً فزوجه امرئة برصا اوعوراء او مجنونة او امة بعنوان أنها بنت مهيرة فيكون على ذلك الغار مهر الامرئة فبالغاء المورد تكون دالة على الضمان بغير المهر و فى غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات فى حاشية السيد و فيه انها روايات خاصة قد وردت فى باب النكاح فى خصوص باب المهر وكون ضمانه على الولى فقط و التعدى عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدى من المهر الى غير المهر فى خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلايستفاد منها كبرى كلية من ان المغرور يرجع الى الغار فى جميع ما اغتره ولاجل مصلحة قد حكم الشارع فى موارد تلك العيوب بضمان الغار الذى

هو الولی لخصوص المهر و من هنا لو اوجب الغرور و صرف فی ذلك مصارف كثيرة كالاطعام و نحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل فی خصوص المهر الى المدلس كما فی الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكلية منهما لمكان التعليل الوارد فيهما ٠

الاولى رواية اسماعيل بن جابر حيث اراد احد تزويج بنت احد فزوجوه امة فقال عليه السلام رد الوليدة على مواليها و الولد للرجل وعلى الذى زوجه قيمة الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه فان ظاهر الذيل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل يعّم غير مورد النكاح ايضا ٠

و فيه ايضا غير الولد و فيه مضافا الى ضعف سند الرواية فان فيه محمد بن سنان فهو و ان ذكر عن بعض توثيقه الا ان المشهور ضعفه بل انه اعترف فی آخر عمره ان كتابه مأخوذ من السوق فلا يمكن الاعتماد برواياته فلا اقل من تعارض المعدل للجارح فيتساقطان فيبقى بلا معدل ان دلالتها غير تامة بل الظاهر منها كون ضمان الولد فقط على المزوج كما غرّه و خدعه فلا يمكن التعدى من ذلك الى غيره اذا فاذا رجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى ايضا الى الغار كما رجع نعم يعم الحكم لكل مزوج و الوجه و الله العالم فی ذكر الولد انه لولا الذكر لحكمنا بضمان قيمة الولد فانه من امة الغير فالنماء فيها كالحيوانات و الاشجار للمالك و من هنا حكموا عليهم السلام فی انه لو زنا احد بامة الغير فولدت فهو لمالك الامة و لكن حيث كان الوطی هنا محرما لكونه عن شبهة فيكون الولد للواطی فتكون قيمته على الغار كما غرّ الرجل و خدعه ٠

الثانية رواية رفاعة فى قضاء اميرالموءمنين عليه السلام فى أمرأة زوجها وليها و هى برضاء ان لها المهر بما استحل من فرجها و ان المهرعلى الذى زوجها و انما صار المهرعليه لانه دلّسها فمقتضى التعليل هوعموم الحكم لغير مورده ايضا و فيه مضافا الى ضعف سندها لسهل بن زياد انها ايضا لاتدل على الضمان فى غير موردها و هو المهر فلا يمكن التعدى الى الغرامات الواردة فى باب النكاح فضلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهرعلى الغار فلا يمكن التعدى الى غيره لاحتمال ان يكون فى المهر خصوصية يستدعى الضمان و ليس فى غيره فتكون هذه الرواية كغيرها من الروايات الخاصة نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم فى الروايات الخاصة المتقدمة و بعبارة اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا يتم دلالتهما على المقصود و تمامية قاعدة الغرور فى جميع الموارد اذ الظاهر منها اختصاص الضمان فى خصوص الولد و المهر على الغار وكون التعليل مختصا بهما و قد علل كون المهر على المزوج بانه مدلس فمقتضى العلية انما هوجواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلا يمكن التعدى الى غير ما يسانخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى فى مطلق المزوج كما ان ضمان قيمة الولد لا يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعدة ٠

على انه لو تمت دلالة الروايتين فايضا لاتنافيان بالمقصود اذ الدليل اخص من المدعى فان الذى يستفاد منهما انّ للمشترى ان يرجع الى البايع الذى غره و خدعه و دلّسه، و لا شبهة انه لا يصدق

الغرورعند جهل البايع بل قد صرح فى تلك الروايات انه يضمن الغار مع علمه و اما مع الجهل فلا يضمن اذن فلا يمكن الحكم بضمان الغار مطلقا سواء كان عالما بالحال او جاهلا بها بتلك الروايات التى اخص من ذلك و اما ما عن العلامة الطباطبائى من انه لا يفرق بين علم البايع و جهله لانعرف له وجها و اما رواية الجميل التى ذكرها المصنف عن الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها ثم يجيئى مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التى اخذت منه وقد استدل بها على تمامية قاعدة الغرور بدعوى ان حرية ولد المشترى اما ان يعد نفعا عائدا اليه اولا وعلى التقديرين يثبت المطلوب مع ان فى توصيف قيمة الولد بانها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم فيطرد فى سائر ما اخذت منه .

اقول ان الرواية و ان كانت مطلقة من حيث الغرور و عدم الغرور بل تدل على جواز ان يرجع المشترى الى البايع مطلقا و لكن عرفت ان الرجوع الى قيمة الولد على حسب ما يقتضيه القواعد فانّه من منافع الامة فتكون للمالك فالرواية وردت على طبق القاعدة فحينئذ اذا رجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى الى البايع لانه غرّه وخدعه و لكون الوطى محرما يكون الولد حرا وعلى هذا فلاوجه لما فى المتن من ان حرية الولد ان كانت من المنافع المستوفات التى لابدّ له من اعطاء قيمته الى المالك ثم الرجوع الى البايع فتدل الرواية على الرجوع الى الغار فى غيرها بطريق اولى قد عبّر عن ذلك بالفحوى و ان لم تكن حرية الولد من المنافع المستوفات

فتدل على الرجوع الى الغار بالدلالية المنطوقية فيما هومحل الكلام الذى نتكلم فيه و بالجملة فلا تكون الرواية دالة على قاعدة الغرور و اما قوله بان توصيف قيمة الولد بالاخذ مشعر بالعلية فيتعدى الى غير موردها ٠

ففيه ان التعبير بالاخذ لاحد الجهتين الاولى ان المشترى انما يرجع الى البايع اذا رجع المالك الى المشترى و الا فليس له الرجوع الى البايع كما سيأتى ذلك فى تعاقب الايدى ٠

الثانية ان المشترى انما له الرجوع الى البايع فى القيمة التى أخذها المالك من المشترى ولو كانت اقل من القيمة السوقية فليس له ان يرجع الى البايع فى الزائد عنها كما اذا اخذ المالك من المشترى عشرين فقيمة السوقية خمسين فيرجع الى البايع بخمسين ايضا و بالجملة ان التمسك فى التعدى الى غير مورد الرواية بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكوة للبقر السائمة بثبوتها فى النص للغنم السائمة فان البقر غير مربوط بالغنم و سنذكر الوجه فى عدم جواز رجوع المشترى الى البايع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع فى المنافع الغير المستوفات و فى غيرها لا يرجع بالاولية على ما هو لازم كلامه باطلاق روايتى زرارة و زريق و بسكوتهما عن رجوع المشترى الى الغار الذى هو البايع اما الرواية الاولى اعنى رواية زرارة فانها تدل على رد الجارية التى اشتراها المشترى من شخص الى مالكها المدعى بعد البينة ورد قيمة الولد المتولد منها و ساير منافعها المستوفات فهى ساكتة عن الرجوع الى البايع بان يرجع المشترى فى غراماتها الى البايع فحيث كان

الامام علیه السلام فی مقام البیان فکشف من الاطلاق عدم جواز رجوع المشتری الی البایع ٠

الثانیة روایة زریق فانها تدل علی رجوع المالك الی المشتری و یأخذ منه ماله و جمیع المنافع التی استوفی من ذلك من ایّ اقسام المنافع من الغرس و الزرع و اجرة البناء الذی بنا فیها و لیس للمالك قلع ما غرس فیه و الا فیعطی أرشه نعم وله اخذ اجرة الارض نعم للمشتری قطع ذلك لکونه مالا له و الناس مسلطون علی اموالهم و لیس للمالك ان یمنع ذلك فهذه الروایة ایضا تدل علی رجوع المالك الی المشتری و ساکتة عن رجوع المشتری الی البایع مع کونه علیه السلام فی مقام البیان فبمقتضی الاطلاق ندفع رجوع المشتری الی البایع ٠

و فیه ان الروایتین لاتدلان علی ذلك اما روایة زرارة الی جهة رجوع المالك الی المشتری دون رجوع المشتری الی البایع و اما روایة زریق فانها ناظرة الی بیان ان المالك یرجع الی المشتری و المشتری الی المالك فلیست ناظرة الی ان المشتری یرجع الی البایع علی ان البایع فی الروایة الثانیة انما هو القاضی فان کان حکمه صحیحا فلا غرم علیه فان اللّه جعل ذلك سببا لکون المال للمدعی و هو المفوت لذلك و القاضی معذور فیه لحکمه بالایمان و البینات و ان کان الحکم باطلا فالمشتری یعلم بفساد البیع و هو بنفسه اقدم علی ذلك فلا یرجع الیه فی غراماته کما فی المتن و الحاصل ان المشتری اذا علم بالحال فلا یرجع الی البایع فی غراماته لاقدامه علی ذلك بنفسه و امّا مع الجهل فربّما قیل

برجوعه اليه بقاعدة الضرر وقد عرفت ان احد الضررين مما لا بدّ منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشترى دون البايع فيتعارضان على ان الضرر لا يكون فى جميع الموارد كما اذا استوفى المشترى بمقدار منفعة ما اغترمه للمالك واما دعوى الضمان بقاعدة التسبيب بان البايع لتغريره المشترى فيضمن كما اغترمه المشترى فى المنافع المستوفات و فى غيرها بطريق اولى .

وفيه انك عرفت انّه ان كان التسبيب على نحو استنيد الفعل اليه بقوة السبب فلا اشكال فى الضمان والا فلا وجه له واما قاعدة الغرور قد عرفت انها وان روى بان المغرور يرجع الى الغار الا انه غير معمول بها فى جميع الموارد بل فى خصوص المقام ففيهنا لا نعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصة وقد عرفت انها ناظرة الى موارد خاصة فلا يمكن التعدى منها الى غير موارد ها كما لا يخفى وكذلك ما ورد فى ضمان الشاهد على المشهود عليه فى شهادة الزور واما توهم عدم الضمان لاجل اطلاق روايتى زرارة و زريق وقد عرفت الحال فيها ولكن يمكن لنا التفصيل فى المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشترى داخلا تحت ضمان البايع فللمشترى ان يرجع فى ذلك الى الغار وبينما لا يكون ذلك داخلاً تحت ضمان البايع فلا يرجع المشترى فيما اغتر به للمالك الى البايع و توضيح ذلك انّه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير او مال الآكل الذى هو المعطى له فلا شبهة ان الغير يرجع الى الآكل وهو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداء فى ذلك وانما سلط الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

لابما انه مال الغیر وهکذا لو ظهر انه مال الآکل ایضا کما لایخفی وعلی هذا فلیس للمسلّط ان یرجع الی الآکل لو رجع المالك الیه بدعوی انه سلّطه علیه لکونه مال الغیر فان قصده لایفید بوجه اذا عرفت ذلك فنقول ان المنافع علی قسمین فقسم منها تکون داخلة تحت ضمان الغاصب کأجرة الدار و الثمار للاشجار و نحوها و قسم منها لاتکون داخلة تحت ضمان الغاصب کرکوب الدابة الی الحلّة او الکربلاء مثلا ففی الاول اذا رجع المالك الی البایع فلیس للبایع ان یرجع الی المشتری فانّه بعد اقدامه علی ضمان مال الغیر واعطائه قیمته و قیمة منافعه صار مالکا للمغصوب بقاء فکما لا یرجع الی من سلطه علی اتلاف ماله ابتداء فکذلك لیس له الرجوع الی من سلّطه علی اتلافه بقاء فاذا لیس له ذلك فی العین او فی المنافع المستوفات علی تقدیر بقاء العین ففی المنافع الغیر المستوفات بطریق أولی لا یرجع الی المشتری لانه بنفسه سلّطه علی ذلك و اما لو رجع المالك الی المشتری فیرجع المشتری الی البایع کما عرفت و اما المنافع التی لاتدخل تحت ضمان الغاصب من الاول و من هذا القبیل الاوصاف الزائدة فلو رجع المالك الیها فلیس للمشتری ان یرجع الی البایع فان التسلیط فی تفویت ذلك لیس من ناحیة البایع و یأتی ذلك فی تعاقب الایدی مفصلا و من هنا یظهر انه لاوجه للتفصیل بین المنافع المستوفات و غیرها فانها ان دخلت تحت ضمان البایع فلا یرجع فی المستوفات الی المشتری لو رجع الیه المالك ففی غیر المستوفات بطریق اولی و ان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالك الی المشتری ففی المستوفات بطریق أولی و هذا واضح جدا ٠

و بالجملة حكم الغاصب بعد رجوع المالك اليه حكم المالك الابتدائى فكما ان المالك حدوثا لا يرجع الى من سلطه على تفويت ماله فكذلك بقاء كما هو واضح ·

وحاصل الكلام انّه لابدّ وان يفصّل فى المقام بين المنافع التى دخلت تحت ضمان البايع و المشترى كليهما فحينئذ ليس للبايع مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشترى بل يرجع المشترى الى البايع مع رجوع المالك اليه و تلك كالعين بنفسها وكسكنى الدار و ركوب الدابة التى تكون قائمة بالعين و تسلم الى المشترى مع تسليم العين واما المنافع المتجددة التى لا تدخل تحت ضمان البايع كالثمار و الاشجار و اللبن للحيوان و نحوهما ممّا تجدد تحت يد المشترى فلا يكون ضامن لها الا المشترى لعدم ثبوت ضمانها ابتداء على البايع ·

بيان ذلك ان احدا لو قدم طعاماً لاحد ليأكله بما انه مال شخص المعطى فاخذه الآكل فاكله فانه قد اخذه ذلك بعنوان انّه مجانى ولم يقدم على الضمان من الاول وكذلك ان المعطى قد سلّطه على ذلك بما انه مال نفسه ولوكان فى الواقع مال غيره و يعلم انه مال الغير فاذا علم الآخذ بعد تلفه أنه مغصوب فليس للمعطى أن يرجع الى الآخذ و يقول أن هذا كان مال الغير فانى اعطيته لك بعنوان مالى كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا فلم يكن اخذه الا اخذا مجانيّا بل لو رجع اليه المالك فهو يرجع الى المعطى ايضا لانه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد انّه مال الاخذ فانكشف انّه مال نفسه فانّه ليس له ان يرجع الى

الآخذ بدعوى انّه كان فى عقيدتى انه مالك فان الاخذ ليس الا أخذاً مجانيّا فلا ضمان فيه بل هذا و تقديم ماله الواقعى مع العلم به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير ايضا مثله فانّه مع رجوع الغير اليه فبخروجه عن عهدة الضمان يكون مالكا بقاء لماقدمه الى الغير فليس فى تسليط الغير على اتلاف ماله بين مايكون ماله حدوثا و بين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط الغير على تسليط ماله مجانا ابتداء لا يوجب الضمان كذلك ما يكون مالا له بقاء بسبب الخروج عن عهدة الضمان فهذا الذى ذكرناه ممّا قامت به السيرة العقلائية و اما رجوع الآخذ الى المعطى لو رجع اليه المالك فواضح لانّ السبب فى تفويته هو المعطى و انّما غرّه بعنوان انه مال نفسه فهو السبب اى المعطى فى التلف و ان كان المتلف بالمباشرة هو الآخذ الا ان العرف يستندون ذلك الاتلاف الى المسبب لقوته و لاغراء الآخذ بذلك فمثل هذا الخديعة و التغرير يوجب الضمان بلا شبهة و ان لم نقل بالضمان فى جميع موارد الغرور و كيف فهل يشك أحد فى انه لو قدم أحد مالا كشخص هبة مجانية بعنوان انه ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف و هكذا اذا كان مال غيره فان أهل العرف يستندون التلف الى السبب للغرور فهذا بديهى لاشبهة فيه و مما قامت به السيرة نعم فى المنافع المتجددة حيث لم يكن فيها تقديم مجانى من قبل المعطى فلا شبهة فى الضمان اى ضمان الآخذ بل الامر كما ذكر لو اعطى المعطى مال نفس الآخذ له بعنوان مال شخص المعطى فانه لا يشك أحد من أهل العرف فى ضمان المعطى لذلك ايضا

اذ المال ولو كان للآخذ وانه اتلف مال نفسه ولكن اتلفه بما انه مال المعطى ودخل تحت تصرفه مجانا فالاتلاف مستند الى الاخذ المجانى دون مال نفسه فليس السبب فى ذلك الا هو المعطى و هو الذى غره فى ذلك فيكون ضامنا له للغرور بمقتضى السيرة العقلائية فيرجع اليه بل لا يفرق فى ذلك بين جهل المعطى بالحال وعلمه فانه مع الجهل والاشتباه فايضا يكون ضامنا للمالك فليس له ان يرجع الى الآخذ المجانى بوجه لما تقدم كما اذا كانت عنده وديعة فاشتبه فاعطاها للغير بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسليط تسليط مجانى على اتلاف مال الغير فلا يضمن المعطى له بل يكون الضامن هو المعطى لكونه متلفا لمال الغير فكانت يده يد اتلاف لا يد وديعة الا فى المنافع المتجددة لعدم دخولها تحت ضمان المعطى من الاول وأما فى غيرها فلا لان ذلك ليس الا كتقديم مال نفسه للغير مجانا ابتداء وقد عرفت انه لا يفرق فى ذلك بين المالك حدوثا وبينه بقاء كما لا يفرق فى ذلك بين المنافع والمستوفات غيرها هذا كلّه فيما يكون التقديم مجانيا واذا كان التسليط بالبيع فهو على قسمين فانّه تارة يكون فى مورده غرور بحيث يصدق الغرور بانّه غرّ البايع المشترى واخرى لا يصدق اما الاول بان يأخذ البايع مال غيره بالغصب او السرقة ولو كان مال المشترى ايضا ثم يبيع ذلك من المشترى بقيمة قليل بدعوى أنه مال نفسه يقصد بذلك التقرب الى اللّه ويأخذ المشترى ذلك فيأكله أو يشترط البايع فى البيع صرفه فى أكله أو فى احسان الغير وبعد ما يتلف المال فيخبر المشترى بالحال او هو بنفسه يلتفت بذلك وان المال مال نفس المشترى او مال شخص آخر فانه لا شبهة هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها

من المنافع المستوفات وغيرها الا المنافع التى لم تدخل تحت ضمان البايع من المنافع المتجددة كالبيض واللبن والثمار ونحوها وكذلك الثمن الذى هو بنفسه كان مقدما بذلك ولم يصدق الغرور بالنسبة اليه فان رجع المالك الى المشترى فيرجع المشترى ايضا الى البايع فان السيرة قائمة فى مثل ذلك كون السبب فى التلف هو البايع وانه هو الذى غرّ وتسبب فى التلف وأن التلف يستند اليه فانه لو لم يبيع ذلك منه ولم يشترط اتلافه لم يقدم المشترى بذلك و هكذا فى كل مورد يصدق عنوان الغرور واستناد التلف الى البايع

واما لو لم يصدق الغرور فلا يرجع المشترى الى البايع كما اذا سرق أحد مال غيره اوغصبه فباعه من شخص ثان بقيمة قليلة وبثمن بخس وراح ثم باع الثانى من ثالث بهذه القيمة انما بقصد الاحسان بان يشترط ان يعطى الفقراء ويطعم المساكين فبعد ما صرف .

الثالث المال فى الاحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال الغير فرجع المالك الى الثالث فاخذ منه جميع ما يترتب على ما له من المنافع والعين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثانى بدعوى انه مستبب فى ذلك فان السيرة قاطعة على انه لا يصدق التفويت فى مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثانى كما هو واضح لا يخفى وبالجملة أن هذا ليس الا كسائر البيوع الفاسدة من دون فرق بينهما بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلابدّ وان يخرج من عهدة الضمان بل المشترى بنفسه أقدم على ذلك لا بمعنى أن الاقدام من المضمنات بل اليد او السيرة و الاقدام انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعة ونحوه ممّا لا يوجب

الضمان فالاقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكرالمصنف فرقاً فى بعض الاوصاف وقال وأما ما يغرمه بازاء اوصافه فان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحة من الاوصاف التى يتفاوت بها القيمة كما لوكان عبداً كاتباً فنسى الكتابة عند المشترى فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشترى على البايع لانه لم يقدم على ضمان ذلك و اشكل عليه شيخنا الاستاد بايراد ظاهر بان الاوصاف مطلقا لا يقسط عليها الثمن كالشروط ولا ينافى ذلك ما يقال أن للوصف او الشرط قسطا من الثمن لان معناه ان قيمة العين تزداد بالوصف او الشرط لا أن مقدارا من الثمن فى الانشاء العقدى يقابل الوصف او الشرط و هذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الرد و الارش فى العيب كما سجيئى فى باب العيب ان الارش ثابت بالتعبد لامن باب ان الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و الا وجب ان يكون الارش من نفس الثمن و من هنا لم يثبت فى غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ و الامضاء أو فى موارد خيار العيب ليس على البايع اعطاء الارش بدون المطالبة بل معها بحيث لو لم يلتفت به المشترى الى الابد او التفت و لم يطالب فليس على البايع شيئ وهذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع فى مقابلها بحيث لو لم يعط البايع بعضها لكان عليه الضمان و فعل فعلا محرما لكونه مال الغير و قد أخذ فى مقابله الثمن كما هو واضح ٠

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشترى على البايع بما يغرمه انما هو اذا كان البيع المذكور ٠

اقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور فى مورد استناد

التفویت الیه و انه لو رجع المالك الی المشتری فهو یرجع الی الغار و ان رجع الی البایع فهو لا یرجع الی المشتری انّما هو فی مورد یکون البیع صحیحا من غیر جهة کون البایع غیر مالك بحیث یکون الفساد مستندا الی کذب البایع و تغریره و امّا لو کان فاسداً من غیر هذه الجهة فیکون المقام کسائر البیوع الفاسدة فلا یکون الضمان علی البایع بل علی المشتری بناء علی ما ذکرناه من ان فاسد البیع یضمن فیه کما یضمن فی صحیحه کما هو واضح .

قوله ثم انه قد ظهر ممّا ذکرنا ان کل ما یرجع المشتری به علی البایع .

اقول ظهر من مطاوی ما ذکرنا ایضا ان الغرامات التی توجه الی المشتری یرجع بها الی البایع مع الغرور و انه لو رجع المالك الی البایع حینئذ فلا یرجع هو الی المشتری و مع عدم الغرور نظیر فساد البیع فیرجع البایع مع رجوع المالك الیه الی المشتری و لو تعاقبت الایدی فیرجع کل سابق الی لاحقه الی ان ینتهی الامر الی الذی تلف العین عنده أو هو أتلفها فیغرم قیمة العین و المنافع ألتی فاتت تحت یدها دون المنافع الفائتة تحت الایدی السابقة فان قلت ان کلاً من البایع و المشتری یتساویان فی ضمان العین و حصولها تحت یدهما و هکذا الایدی لاحقة و هو سبب للضمان عن کون یدهما ید العادیة فکلهم مشترکون فی ذلك فلا وجه لرجوع البایع الی المشتری و هو لی لاحقه و هکذا الی ان ینتهی الامر الی من انتهی الیه الامر الا ان یستند الضمان الی الأتلاف فانه حینئذ یستقر الضمان الی

ذمة من صار سببا للاتلاف ٠

فقد اجاب العلامة الانصاری بما حاصله ان الشیئ الواحد انما یکون له ضمان واحد فکیف اشتغلت الذمم المتعددة عند تعاقب الایدی بشیئ واحد ولم یکن مقتضی علی الید الا شیئ واحد ٠

فقال اشتغال الذمم المتعددة و کون ضمان العین الی العهدات العدیدة معناه لزوم خروج کل منهم عن العهدة عند تلفها و حیث ان المضمون لیس الا شیئاً واحداً فمعنا تسلّط المالك الی رجوع کل منهم لیس الا تسلّط رجوعه الی واحد منهم علی البدل فمن ایّ منهم استوفی البدل لسقط حقه عن الغیر و تسلّط الرجوع الی الآخر و هذا نظیر الواجب الکفائی فی الاحکام التکلیفیة فکما ان فی الواجب الکفائی ان التکلیف متوجه الی الکل بحیث لو ترکوا لعوقبوا جمیعاً ولو اتی الواحد سقط عن الجمیع و هکذا فی المقام ان الضامن للعین جمیع من ثبتت یدیهم بها یدهم بها بحیث لو لم یعط واحداً لطولب وعوقب الجمیع ولو ادی واحد لسقط عن الباقین فللمالك ان یرجع الی أی منهم علی البدل و بعد اخذه ماله ممّن رجع الیه فهو یرجع الی اللاحق و هو الی لاحقه و هکذا الی ان ینتهی الی المتأخر الذی تلف المال عنده ٠

و هذا الوجه ینطبق علی مسلك الجمهور حیث انهم ذهبوا الی ان الضمان من ذمة الی ذمة اخری لا من ضمن کماعند الامامیة لیکون المال منتقلا الی ذمة الضامن فان الجمهور التزموا فی باب الضمان علی ذلك و ان من یکون ضامناً عن شخص فیضم ذمته الی ذمة شخص المضمون علیه فیصیر الضامن اثنان و هکذا بحیث مع

تعدد الضامین یتعدد الذمم للضمان و یضمن کلهم العین فی-
عرض واحد علی البدل نظیر الواجب الکفائی ۰

و انا و ان انکرنا ذلک علیهم فی باب الضمان و لکنه من جهة
عدم الدلیل فحیث اقتضی الدلیل فی المقام الالتزام بذلک فلا
مانع من الالتزام به و من هذا القبیل من الضمان علی البدل نظیر
الواجب الکفائی موارد کثیرة کما ذکر الفقهاء منها انه اذا لم یطمئن
کل من البایع و المشتری علی الاخر خوفا من ان یظهر المثمن او
الثمن مستحقا للغیر فیطلب الضامن علی العوض فعند خروجه مستحقا
للغیر لیکون درکه علیه فقد ضمن الضامن العین فی عرض ضمان
البایع او المشتری بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقا
للغیر ان یرجع بای منهما شاء فلیس المال منتقلا الی ذمة الضامن
لیکون عهدة المال الی الضامن فقط فان العین موجودة فی الخارج

و منها الضمان بالاعیان الشخصیة الخارجیة المضمونة فان فیها
ایضا ان الضمان من ضم ذمة الی ذمة اخری و لم ینقل الضمان
من شخص الی آخر لوجود العین فی الخارج فیکون الضمانان فی
عرض واحد بل عن أبی حمزة انه یمکن ان یضمن اثنان ابتداء لشئ
واحد من دون ان یکون ضمان احدهما متقدماً علی ضمان الآخر
کما عرفت و هکذا عن الشهید و العلامة فی درسه انه نفی المنع من
ضمان اثنین علی وجه الاستقلال کالعبادات الواجبة کفایة و منها
اموال الغاصب من الغاصب و هکذا من الموارد الکثیرة هذا کله
حال المالک بالنسبة الی ذا الایدی و قد اشکل علیه شیخنا الاستاذ
بما حاصله ان الضمان علی نحو الواجب الکفائی انّما یتصور فی-

الواجبات التكليفيّة فانه لو قلنا ان الاداء بنحو الواجب التكليفي لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الاداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآخر فيتوجه الامر بالاداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيد ولكنه ليس الامر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالاحكام التكليفية فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه فى عرض الضمان الاخر بل لابد وان يشتركا فى الضمان او يكون على واحد فقط والا لو قلنا بانّ ضمان كل منهم مقيد بعدم ضمان الاخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب الطولى فهو غير مسلك العامة كما اذا امر شخص بضمان لشخص عنه وهكذا فان كل منهم ضامن فى طول الاخر بحيث لو لم يؤدى المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضمانه بامره وهكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا و الحاصل ان كلامنا كان فى تصوير الضمان فى تعاقب الايدى على كل واحد من الاشخاص مع كون المال واحدا بانه فلما ذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور وأن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحداً فلا يضمن المال الواحد الا شخص واحد ٠

وقد وجّهه شيخنا الانصارى ذلك بتنزيله منزلة الواجب الكفائى وانه كما أن الواجب فى الواجب الكفائى شئ واحد و ان كان المكلفين كثيرين و متعددين بحيث لو اتى الواحد منهم سقط عن الباقين والا فعوقب الجميع وهكذا فى المقام فانّ المال مال واحد وضمانه ضمان واحد ولكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال

واحد منهم سقط حق المالك عن الباقين و ان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخر و ان لم يؤدى لكان كلهم ضامنين على ذلك و اشكل عليه شيخنا الاستاد بان تنزيل المقام بباب الواجب الكفائى غير معقول اذ مرجع وجوب الكفائى الى انّه يجب لكل واحد من المكلفين اتيان الواجب لو لم يات الآخر فيكون اتيان كلّ منهم واجبا مشروطا بعدم اتيان الآخر فاذا اتى فيسقط عن الباقين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبى فى الضدين كما نقح فى الاصول و هذا المعنى غير ممكن فى المقام فان معنى اشتراط وجوب الضمان على كل واحد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضمان عنهما بالمرّة فأن معنى انّ هذا ضامن ان لم يجب على الآخر و ذلك هنا من ان لم يؤد هذا انّ كلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضمان ضم ذمة الى ذمة آخرى فى الضمان الاختيارى فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضمان عنهم الا ان يقال بالشركة او بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما كما ترى ·

الا ان يقال بالضمان الطولى و الترتيبى لا بالمعنى المذكور بل بمعنى أن كل واحد من الضامنين فى طول الضامن الاخر و ان اللاحق يضمن لما ضمنه السابق و هكذا كما فى الضمان الاختيارى و من هنا يرجع اللاحق على السابق فى الضمان الاختيارى لامر السابق على ذلك فيه و بالجملة أن ما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه ولو صح ذلك فلابدّ و ان يلتزم القائل به بكون الضمان لهما على نحو الاشتراك لعدم امكان تعلق مال واحد بذمة شخصين

فان لازمه ان يكون للدرهم الواحد ابدال عديدة و فيه ان ماافاده شيخنا الاستاد ليس بصحيح من حيث البناء و المبنى اما من حيث المبنى فانه قد بنى فى تصوير الواجب الكفائى على ان الواجب وان كان شيئا واحدا الا ان الخطاب متوجه الى جميع المكلفين فلابدّ لكل واحد منهم اتيانه و لكن مع اتيان الواحد سقط عن الباقين ٠

و توضيح ذلك أن فى الواجب التخيرى قد تعلّق الغرض باتيان احد الامرين أو أمور عديدة بحيث يكون غرض المولى قائما باتيان واحد منهما مع الغاء الخصوصية و يكون اتيان كل من الامرين وافيا لغرضه و مقصوده و حينئذ يستحيل للمولى أن يأمر عبده باتيان أحدهما بالخصوص لكونه ترجيحا بلا مرجّح ٠

وكك الكلام فى الواجب الكفائى غايته أن التعدد فيه فى ناحية المكلّف دون الواجب بان يكون غرض المولى متعلقا باتيان واجب و تحققه فى الخارج كصلوة الميت مثلا فان غرض المولى انما تعلّق بصدور الفعل من شخص واحد اىّ شخص كان بالغاء الخصوصيات و تعيين شخص خاص مع كون الواجب واحداً فليس معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر و هكذا و هكذا وعليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحا و موافقا لمبناه فى الاصول و ان الواجب الكفائى كما عليه فى الاصول خارج عن الواجب المشروط و الترتب بالكلية كما هو واضح ٠

ولو سلمنا مبناه فبنائه عليه ليس بصحيح و ذلك فان ما ذكره من المحذور من انّه لوكان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمة عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان انّما يلزم لوكان الضمان

مقيدا بعدم الضمان الآخر ووجوب الضمان على الآخر مقيداً بعدم الضمان على هذا فعليه لا يختص المحذور بباب الضمان بل يجرى فى الواجب التكليفى ايضا فانه يقال لوكان الواجب الكفائى كصلوة الميت مثلا مقيدا بعدم كونها واجبة على الآخر و بالعكس فيلزم ان لا يكون هنا واجب أصلا و لكن الامر ليس كك فانه ره التزم فى الواجب الكفائى بناء على صحة المبنى أن الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم اتيان الآخر مع الوجوب عليه لا بعدم كونها واجبة على الآخر و الا فالمحذور موجود فى المقامين و عن المقام اذا قلنا ان الضمان على هذا منيد بعدم اتيان الآخر لا بعدم الضمان الذى هو مثل عدم الوجوب على الآخر فى التكليفا فلا يلزم المحذور و لا ينا فى بكون الواجب على كل مكلف وجميعهم و لكن الواجب مقيد بمعنى ان كونها واجبة على زيد مقيدة بعدم اتيان الآخر على الآخر يلزم المحذور و لكن لازمه الالتزام بمثله فى التكليفيان ايضا و ان كان مقيدا بعدم اتيان الآخر فلا يلزم فيه محذور بوجه حينئذ و هكذا فى باب الضمان فانه مطلق و ثابت لكل من وضع يده على المال وانّما الخروج عن العهدة مقيّد اىّ لزوم ان يخرج هذا عن عهدة الضمان مقيد بان لا يكون الآخر خارجا عن عهدته و الا فيسقط حق المالك باداء واحد عن الباقين كما لا يخفى .

و بالجملة ثبوت الضمان على هذا لوكان مقيدا بعدم الضمان بل لم يقل احد باستحالة هذا النحو من الضمان و ان كان يظهر من بعض كلمات العلامة ذلك و لكن لعل مراده من ذلك نفى الضمان عن كل منهم استقلالاً بحيث يكون لكل واحد منهم ضمان خاص و

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضين و بدلين بل ذى ابدال عديدة و الا فلا استحالة هنا بوجه و ما انكرنا على العامة فى باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهة الاستحالة بل من جهة عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لابدّ من الالتزام به فى بعض الموارد كما اذا غصب احد مال شخص فغصب منه شخص ثالث فتلف عنده فانه اى المالك يرجع الى ايّ منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقة العامة من كونه ضم ذمّة الى ذمة اخرى فتحصّل ان هنا ضمان متعددة لمال واحد فلا يلزم من ذلك التعدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيرة بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البدلية .

ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى اى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائية فلما ذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم الغرور و ليس كذلك فى موارد اخرى من الواجبات الكفائية كما اذا كان شخص عطشاناً فيموت به فيجب على كل من اطلع على حاله ان يسقيه بالماء ولو كانت قيمته الف فاذا سقاه أحد فليس له ان يرجع الى اشخاص آخرين ممن اطلعوا على حاله فللمقام اى خصوصية اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر .

و قد اجيب عن هذا الاشكال بوجوه منها ما فى حاشية السيد من انه كما ان فى صورة الاتلاف يكون المتلف سببا لتنجّز الضمان على السابق فبقاعدة استناد الفعل الى السبب لكونه اقوى من المباشر ففى صورة التلف ايضا انّ من عنده تلف المال فهو سبب

لتنجّز الضمان للسابق ایضا فانه ای اللاحق کان له الاختیار فی رده الی المالك فحیث أنه بسوء اختیاره لم یرده الیه فیکون هو السبب لتنجّز الضمان علی السابق فیرجع السابق الی اللاحق مع رجوع المالك الیه لذلك ای لقاعدة استناد الفعل الی السبب ثمّ قال انه بعد ذلك لا احتیاج الی التوضیح الذی ذکره المصنف .

وفیه ان هذا علی تقدیر تمامیته فی الاتلاف بدعوی کون المتلف سببا لثبوت الضمان علی سابقه فبمقتضی ان السبب اقوی من المباشر فیرجع السابق لو رجع الیه المالك الی لاحقة المتلف فهذا له وجه فی صورة الاتلاف مع وضوح المناقشة فیه ایضا اذ الاتلاف لیس سببا للضمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضی الید فضمن المال المأخوذ السابق واللاحق کلیهما حتی یودّیا المال الی مالکه فلم یتوقف ذلك بشئ اصلا وانما الاتلاف اوجب الانتقال الی الذمة فهو معنی آخر غیر الضمان فلا یکون اللاحق سببا لضمان السابق بل سبب الضمان فی کلهم انّما هو الاخذ بالید والاستیلاء علی مال الغیر کما هو واضح ...

ومع الغمض عن ذلك فلا وجه لتسریة الحکم الی صورة التلف ایضا فان المال اذا تلف عند اللاحق بلا تسبیب واتلاف بل بتلف سماوی فلما ذا یرجع السابق الیه مع کون نسبة ضمانه الیهما علی حد سواء اذ کل منهما وضع یده علی ذلك المال ولم یفعلوا شیئا یوجب اتلافه بل تلف ذلك ببلاء من اللّه فلما ذا یختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا یمکن قیاسه بالاتلاف لعدم التسبیب هنا بوجه وان کان هناك ما یوجب تصویر التسبیب اجمالا فکون اللاحق

مختارا فی رد العین الی المالك فلم یرده فتلف عنده لایکون سببا لثبوت الضمان اللاحق فانّ اللاحق مع السابق سیّان فی ذلك المعنی لکون السابق ایضا مختارا فی رد العین الی مالکها کما لا یخفی ٠

انتهی کلامنا الی انه یرجع السابق الی اللاحق فی صورة تعاقب الایدی علی المال المغصوب الا فی صورة الغرور و لا یرجع اللاحق الی السابق الا فی صورة الغرور مع ضمان کلّهم علی المال المأخوذ و قد اجیب عن ذلك بوجوه ٠

منها ما اجاب به السیّد فی حاشیته بقوله یمکن الجواب بعدم الفرق بین التلف و الاتلاف فی صدق السببیة الخ ٠

و منها ما اجاب به المصنف و حاصل کلامه علی ما یظهر من ظاهر عبارته أن الغاصب الاول أو من فی حکم الغاصب ای بایع مال الغیر مثلا بالبیع الفاسد بعد اخذه من الغیر کذلك انما هو ضامن للعین نفسها فالغاصب الثانی و من فی حکمه انّما هو ضامن للعین و بدلها اما العین فلمالکها و اما البدل فللضامن الاول و هذا بخلاف الضامن الاول فان فی زمان کون العین تحت یده لم تتلف لیضمن العین بمالها بدل بل کان ضمانه منحصرا بالعین وحدها و اما الضامن الثانی حیث ان العین قد تلفت عنده فیکون ضمانه بها بماله البدل و هذا الضمان بالبدل ضمان لما استقر تدارکه فی ذمة الاول فالضامن الثانی لما ضامن لاحد الامرین اما العین او البدل علی نحو البدلیة بنحو الضمان العوض و الحاصل ان من تلف المال فی یده ضامن لاحد الشخصین علی البدل من المالك و من سبقه فی الید فتکون ذمته مشغولة بشیئین

علی سبیل البدلیة اما تدارک نفس العین أو تدارک بدلها فحال الاول مع الثانی کحال الضمان مع المضمون عنه فانّ الضامن لشخص عن دین بامره انّما یرجع الی المضمون عنه مع اداء دین الدائن و الا فلا یستحق بذلک فاذا رجع المغصوب منه الی الاول فاخذ منه تدارک العین فیرجع هو الی الثانی فیاخذ منه تدارک ما استقر فی ذمته لضمان الثانی علی ذلک ٠

و بالجملة أن ظهور کلام الشیخ (ره) فی الغاصب الثانی انّما انه ضامن لتدارک العین للمالک و بدلها لتدارک ما فی ذمة الغاصب الاول للاول وعلی هذا فیندفع اشکال عدم صحة رجوع السابق الی اللاحق فی صورة عدم الغرور اذ السابق یطالب من اللاحق ما استقر فی ذمته فیرجع الیه فی ذلک و هذا بخلاف ما اذا رجع المالک الی الثانی فانه لا یرجع الی اللاحق فی غیر صورة الغرور لعدم اشتغال ذمته للثانی کاشتغال ذمة الثانی للاول ٠

فما لم یرجع المالک الی الاول لیس له ان یرجع الی الثانی لانّ الاول لم یتدارک العین للمالک حتی یرجع الی الثانی فی البدل الذی حصل به التدارک و انّما له الرجوع الیه بعد ما رجع المالک الی الاول ٠

و فیه اوّلا و قبل کل شیٔ ان الغاصب الاول و الثانی و هکذا لم یضمنوا الا العین بمجرّد وضع الید بها فلم یضمنوا ببدلها قبل التلف فبالتلف أو الاتلاف ینتقل الضمان بالبدل لانتقال العین الی الذمة و هذا المعنی مشترک بین جمیع من تعاقبت یده علی العین المغصوبة من دون فرق بین الاول و الثانی فما ارتکبه المصنف لا

يمكن المساعدة به لعدم الدليل عليه و بالجملة ان قبل التلف ـ كلهم ضامنون بالعين و بعده كلهم ضامنون بالبدل فليس هنا ضمان على العين مما له البدل ليكون الضمان من اللاحق على تدارك نفس العين او بدلها على البدل بحيث يكون مخيرا بين البدل و المبدل ٠

و قد اجاب السيّد فى حاشيته عن ذلك بوجوه سبعة و ان كان يمكن الجواب عن بعضها و العمدة منها ثلثة الاول مما لا جواب عنه أن السابق ايضا يصدق عليه انه ضامن شيئ له بدل فانه و ان لم يكن حين حصول العين فى يده لها بدل لان ضمان اللاحق لم يتحقق فى ذلك الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا ان الملاك فى استقرار الضمان بالنسبة الى الكل انّما هو بعد التلف فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له بدل فان المناط ليس حال حدوث الضمان بل حال فعليته ٠

و بالجملة حين التلف الذى هو زمان الانتقال الى القيمة يصدق بالنسبة الى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال ٠

الثانى أن مقتضى ذلك كون ضمان الاول ايضا لمالك العين لا لمن عليه البدل فان البدل الذى فى ذمة السابق انما هو لمالك العين فبدله و هو ما فى ذمة اللاحق ايضا يكون للمالك و هو من له البدل و لا وجه لكونه لمن عليه البدل و هو الضامن السابق ٠

الثالث اذا فرضنا ان العين بعد ما صارت فى يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت فى يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق

حینئذ اذا رجع الیه المالك أن یرجع الی اللاحق فلازم بیان المصنف ان یکون له الرجوع علیه لانه یصدق علی اللاحق أنه ضمن شیئا له بدل بخلاف السابق ودعوی أنه بعد ما رجعت العین الی السابق ینقلب السابق الی اللاحق دعوی باطل بان الضمان انّما حدث باثبات یده الاول وفی ذلك الحین لم یکن له بدل وبعد العود الیه لایحدث ضمان آخر مثلا اذا غصب عینا وضمن فاعطاه غیره أواخذ منه قهرا ثم ردّه ذلك الغیر الیه لایحدث ضمان آخر لاجل هذه الید الثانیة بل الضمان الحادث أولاباقی وقرار الضمان علی الغاصب الاول اذا تلف المال فی یده بعد العود الیه ولازم بیان المصنف قده أن یکون قرار الضمان علی الغاصب الثانی مع أنه لم یتلف فی یده وقد ذکر الاشکالات الآخر ایضا .

ثم انّ شیخنا الاستاد لم یرض بما فهمه السید ره من کلام الشیخ ره وانّما حمل کلامه علی الضمان الطولی وقال انّ الضمان العرضی بحیث یکون لمال واحد ضمانان غیر معقول وحاصل ما قاله مع طول کلامه أن الایرادات السبعة المذکورة فی کلام السید ره مبنیة علی ارادة المثل والقیمة من البدل لیکون بدلا لاصل المال من المنافع وعلوّ القیمة ونحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك علی السابق وجه واما لوکان المراد من البدل فی کلام المصنف البدل الطولی بمعنی أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق واللاحق متعهد لما فی ذمة الاول وعهدته فالمال الواحد فی ذمم کثیرة بهذا النحو من الظرفیة وهذا منشاء رجوع السابق الی اللاحق دون العکس لکون اللاحق بهذا الاعتبار ضامنا للمالك وللسابق لان ذمته

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البدل اما نفس العين بما انها فى ذمة السابق واما ما يؤخذ من السابق فلايرد أن كلا منهما ضامنان للبدل ٠

وانما التزمنا بالزمان الطولى لاستحالة تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمة كل منهما ظرفا لمال واحد فانه نظيرثبوت شئ واحد فى آن واحد فى امكنة المتعددة فيما يمكن هوالتعهدات الطولية على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمة المديون الى ذمة الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الاعطاء فكذلك السابق هنا لايرجع الى اللاحق الا بعد الاعطاء وبالجملة فكلام الشيخ فى بيان تلك الجهة والضمان الطولى٠

وفيه مع بعد ارادة ذلك من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا وفيما فهمه السيّد انّ هذا الّذى افاده الاستاد وان كان ممكنا فى مقام الاثبات والوقوع ٠

وما افاده من استحالة ضمان شخصين لمال واحد لايرجع الى محصل بل مما لامناص عنه فى بعض الموارد كما تقدم من انه اذا غصب احد مال شخص وغصب الآخر منه فتلف عنده فانّ المالك له الرجوع باى منهما شاء وانّ كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى ٠

وكيف كان فيبقى الاشكال بلا جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى ولا ما ذكره السيّد ره بقاعدةاستناد

الفعل الی السبب لکونه أقوی و لا ما ذکر الاستاد من الضمان الطولی الذی نسبه الی الشیخ ره ٠

و من الاجوبة ما اجاب به صاحب الجواهر من أن التکلیف المتوجه الی الغاصب الاول تکلیفی محض متعلق باداء ما اخذه بالمثل أو القیمة و التکلیف المتوجه الی الغاصب الثانی(ای الثانی هنا کالمعقول الثانی و ان تعددوا) تکلیف وضعی مضافا الی التکلیفی لکون المال تالفا عنده و بضمیمة أن الغاصب الاول باداء عوض التاف یکون مالکا له بالمعاوضة القهریة و ان کان معدوما کملك المعدوم فی المعاملة الخیاریة فان ذی الخیار بفسخه المعاملة یکون مالکا للمثمن مع التلف لو کان الخیار من الخیارات التی لا تسقط بالتلف و فی المقام ایضا یکون کذلك وعلی هذا فان رجع المالك الی الثانی فیسقط عن الاول ذلك الحکم التکلیفی و ان رجع الی الاول فباعطاء البدل من المثل او القیمة یسقط عنه الحکم التکلیفی فیرجع فی المال البدل الی الثانی فانه هو الذی اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التکلیف الدعی علیه و اورد الشیخ ره علی کلتاجملتیه اما الجملة الاولی فبوجوه ثلثة ٠

الاول انه راجع بمقام الثبوت و مبنی علی ما اسسه فی باب الاستصحاب من ان الاحکام الوضعیة منتزعة من الاحکام التکلیفیة ٠

وحاصل ذلك انّ الحکم الوضعی هنا منتزع من الحکم التکلیفی ففی أی مورد حکم تکلیفی متوجه علی المکلف باداء العین او المثل او القیمة ففی ذلك المورد ایضا حکم وضعی و الا فلا ٠

و قد قلنا فی محلّه انه لامعنی لانتزاع الاحکام الوضعیة من

الاحكام التكليفية و الظاهر انه مما لاخلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الانفاق على من يجب انفاقه عليه من الاب و الامم و الاولاد و الزوجة انه لو خالف و لم ينفقهم انه لا يضمن بالاولاد و الاب والام و لكن يضمن بالزوجة مع ان الحكم التكليفى موجود فى جميعهم فاى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت و الاخران يرجعان الى مقام الاثبات ٠

الثانى انه لادليل على عدم ضمان الاول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبة اليهما على حد سواء وكون التلف او الاتلاف تحت يد الثانى لايوجب الا انتقال البدل الى الذمة دون اصل الضمان كما لا يخفى ٠

الثالث أن لنا دليل على ضمان الاول فان السيرة قائمة على اشتغال ذمة الغاصب الاول بما اخذه من الغير باليد العادية او بالبيع الفاسد و ان اعطاه الى الغير بلا غرور و من هنا لو مات لكان ما فى ذمته من جملة ديونه و يصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرّد الحكم التكليفى لم يكن وجه لهذه الامور بل لو لم يدفع لاجبر بذلك مع انّه لاوجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان و بالموت فلا وجه للاخذ من ماله او اجباره على الدفع وغير ذلك من الاحكام المتعلقة على ما فى الذمة ٠

و اما ما يرجع الى الجملة الثانية من ان الغاصب الاول يملك باعطاء البدل ذلك البدل فى ذمة الغاصب الثانى بلاوجه لوجهين الاول انّ التملك لايحصل الا بسبب اما اختيارى أو غير اختيارى كالارث ففى المقام شئ منهما غير موجود فباى سبب ملك الاول ما

فی ذمة الثانی لیکون هذا سبب الرجوع الیه بل یسقط حق المالك بمجرّد اداء واحد لعدم بقاء الموضوع له و هذا الذی افاده راجع الی مقام الاثبات ایضا و انه لا دلیل لتملك الاول لما فی الذمة الثانی و ان کان معقولا فی الواقع و مقام الثبوت ۰

الثانی ان لازم ذلك ان لا یرجع الاول مع رجوع المالك الیه الا الی من تلف المال فی یده فانّ باعطائه البدل یسقط الاحکام التکلیفیة المتوجة علی الغاصبین لاداء البدل فلم یبق الا الاخیر لکون خطابه ذمیا فلا یسقط باداء الاول فلابد من ان یرجع الیه فقط دون غیره مع انهم ذکروا انّه یجوز ان یرجع الی ای منهم شاء فان رجع الی الاخیر فتم المطلب و ان رجع الی الوسط فیرجع الوسط الی الاخیر فهذه الایرادات غیر الایراد الاول لابأس بها لتمامیتها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذی سلکه صاحب الجواهر فبقی الاشکال علی خاله من انه کیف یرجع السابق علی اللاحق مع رجوع المالك الیه فی غیر صورة الغرور و کذلك کیف لا یرجع الثانی الی الاول فی غیر صورة الغرور مع رجوع المالك الیه و اذا رجع المالك الی الوسط فلما ذا یرجع الی اللاحق فلا یرجع الی السابق فی غیر صورة الغرور ۰

و لکن الذی ینبغی ان یقال ان لصاحب الجواهر اخذ الجملة الثانیة و ترك الجملة الاولی بان یقال أن الغاصب الاول یملك التالف المعدوم کملك المعدوم فی باب الخیارات و الذی یوضح ذلك أمران فالاول منهما أوضح من الثانی ۰

الاول أنّ فی موارد الضمانات بالاتلاف بان غصب احد اوسرق

مال الغير فاتلفه أو أتلفه سهواً و نسياناً فان النسيان لاينافي الضمان كما قرر في حديث الرفع لاشبهة أن للمالك أن يرجع الى المتلف اذا اراد و ياخذ منه بدل ماله و ما بقى من ماله من الرضاض و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاض له مثلا لو اتلف أحد سيارة احد بالكسر او ذبح فرس شخص أو اهلكه و غير ذلك و رجع اليه المالك و أخذ منه بدل ماله من المثل او القيمة فليس له أن ياخذ رضاض السيارة اوجلد الفرس أو ميته فانّه ذلك كله حق للضامن و الا فلوكان للمالك يلزم الجمع بين العوض و المعوض ولو كان للاجنبى فهو خلاف البداهة فيكون للضامن و هذا الذى قامت عليه السيرة العقلائية بل سيرة المتشرعة من الزمن الفعلى الى زمان المعصوم (ع) وعلى هذا فاذا او الغاصب الاول بدل العين فيكون التالف بالمعاوضة القهرية الا اذا كان اعتبار الملكية هنا لغوا كما اذا كان الغاصب واحدا فتلف عنده المال فاخذ المالك منه فاعتبار ملكية التالف له لغو لما قلنا من امكان مالكية المعدوم فحيث انّه تلف عند اللاحق فيرجع اليه و بالجملة على هذا فرجوع السابق الى اللاحق انّما هو مقتضى السيرة العقلائية القطعية كما هو واضح ٠

الوجه الثانى انه لاشبهة فى انّ التالف فى موارد التلف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيرة العقلائية القطعية فيكون المقام مثله مثلا لو غصب احد مال شخص من الجواهر و الاحجار الثمينة أو سرقه أو بغير ذلك فالقاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفا عرفيا فرجع اليه المالك فاخذ منه مثله ان كان مثليا أو

قیمته ان کان قیمیّا فان قلنا ان ذلك الجواهر فی قعر البحرللمالك ایضا بحیث لو وجد لکان له فیلزم الجمع بین العوض و المعوض فهو ضروری البطلان و ان قلنا انه یکون ملکا للاجانب او کالمباحات الاصلیة فهو خلاف الضرورة من العقلاء و الفقه فلم یبقی الا ان یکون للضامن بعد اعطاء عوضه و فی المقام ایضا کذلك و یتضح ذلك وضوحا بملاحظه موارد التلف الحقیقی و موارد التلف العرفی اذن فلا یلزم شیٔ من الاشکال فیندفع المحذور من اصله بانه کیف یرجع السابق او الوسط الی اللاحق مع رجوع المالك الیه دون العکس ·

و الحاصل ان الوجه فی رجوع السابق الی اللاحق هو ان السابق باعطاء بدل التالف الی المالك یکون مالکا للتالف الذی فی ذمة من تلف عنده بالمعاوضة القهریة فیعتبر الملکیة فی ذمة المتلف لکون الاعتبار حقیف المئونة فبرجوع المالك الیه یتحقق ذلك الاعتبار فیرجع الی اللاحق لذلك و الذی یوضح ذلك أمران الاول أن فی موارد التلف الحقیقی لو بقیت اجزاء من العین التالفة فتکون تلك الاجزاء داخلة فی ملك الغاصب باعطاء البدل لانه لو لم یکن ملکه بالمعاوضة القهریة فلابدّ اما من القول بکونها من الملاحات الاصلیة فهو بدیهی البطلان و اما کونها للمالك فیلزم الجمع بین العوض و المعوض فیکون ملکا للغاصب و هذا المعنی ممّا قامت به السیرة العقلائیة کما یظهر لمن یلاحظ موارد ذلك ·

الامر الثانی ملاحظة موارد التلف العرفی کما اذا سرق السارق مال غیره اوغصبه او اخذ بغیر ذلك العنوان فالقاه فی البحر فطالبه المالك و اخذ منه بدله فیکون ذلك التالف عرفا للمتلف بالسیرة

العقلائية فاذا خرج من البحر او وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب وليس ذلك من المباحات الاصلية ولا انه للمالك الاول لكون كل ذلك خلاف مقتضى السيرة القطعية وليس ذلك من قبيل البدل الحيلولة فان موردها كما تقدم صورة تعذر الوصول الى المال ومن هنا لو صاد أحد طيرا فجعله فى قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فاعطا بدل ذلك الطير ثم قتله ثالث بالبندقة ونحوها فيكون ضامنا للثانى فانه باعطاء العوض يكون مالكا لذلك الطير وهكذا وهكذا فانّ السيرة فى امثال جميع ذلك محكمة ٠

ومانحن فيه من هذا القبيل حيث انّ الغاصب الاول واذا اعطى بدل التالف للمالك مع الرجوع اليه فيكون بذلك مالكا لذمة من تلف المال عنده فيستحق بذلك الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته فى ذمته لعدم كونه لغوا ٠

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكية كما اذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكية له على التالف بحيث لم يبق منه شئ من الاجزاء والرضاض لغو محض هذا كله فى وجه رجوع السابق الى اللاحق ٠

واما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمة كلهم مشغولة بالتالف ٠

وقد افاد السيد فى وجه ذلك ان اللاحق هو السبب لضمان السابق حيث انه باختياره ترك الرد الى المالك فتلف عنده فصار سبب الضمان السابق فيكون الضمان عليه وعلى السابق ولكن مع رجوع المالك اليه لا يرجع الى السابق فلو كان وسطا يرجع الى لاحقه

فی غیر صورة الغرور ٠

وفیه أنه قد تقدم جوابه من انه مع قبول صحة استناد الضمان الی السبب فی امثال المقام لکونه اقوی ولم نستشکل فی اقوائیة مثل تلك التسببات أن السبب للضمان لیس عدم رد الثانی الی المالك بل انما هو الاخذ بالید العادیة فهی صارت سببا لضمان کل من السابق واللاحق فهو ای هذا السبب مشترك بین السابق واللاحق فلا وجه لتخصیص ذلك السبب باللاحق والقول بانّه صار سببا للضمان کما هو واضح لا یخفی بل الوجه فی ذلك أن الاخذ بالید انما یوجب الضمان الی ان یرد المأخوذ الی المالك بمقتضی قوله (ع) علی الید ما اخذت حتی تؤدی فما لم یردّه الی مالکه امّا بالعین مع البقاء او بالمثل او القیمة مع التلف لا یبرء ذمته بل هذا هو مفاد السیرة العقلائیة کما تقدم فی ما لا یضمن ٠

وعلی هذا فالغاصب الاول حیث انه اعطی المال للثانی فباعطائه تحقق الاداء فهذا الاداء وان کان قبل وصول المال بعینه او بعوضه الی مالکه لا یفید بوجه بل هو أدا غیر مشروع ولکن بعد ما أداه الغاصب الثانی بعینه أو بمثله وقیمته الی مالکه فیکون مالکا للتالف ان کان لاعتبار الملکیة هنا فائدة فاذا رجع هذا الثانی الی الاول وادعی منه ما ملکه بالمعاوضة القهریة فیقول فی جوابه اعنی ادیته لك فردنی ما اعطیتك فاعطی لك مالك باداء المثل او القیمة فیکون ادائه هذا مفیدا فی المقام وبعبارة اخری انك عرفت أن الضمان هنا نظیر الواجب الکفائی وعلیه انّ الواجب الکفائی وان کان واجبا علی کل مکلّف الا ان الآثار تترتب علی ما یکون مأتیا فی

الخارج و تشخص بوجوده الخارجى كما ان الامركذلك فى الواجب التخييرى و ان كان الماتى مصداقا للجامع اعنى الجامع بين هذا او ذاك فلايخرج هذا الجامع عن جامعيته و بعبارة اخرى ان التشخص انما يكون بنفس الوجود فما يكون موجودا فى الخارج فهو المتشخص المحط للاثار لا الافراد الاخر الفرضية وعلى هذا ففى المقام ان الاثار انما يترتب على كل من ادى بدل العين لمالكها فيكون مالكا لذمة من اخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا و ان كان فى اصله غير مشروع كما هو واضح ٠

و من لاحق للاحق ان يرجع الى السابق ٠

ثم انّ المالك لو تبرع حقه للاول و أفرغ ذمته و أسقط الضمان عنه فهل يكون له ان يرجع الى اللاحق لاختصاص التبرع له أو يكون التبرع للاول تبرعا للواحق ايضا فهنا مقامان الاول فى اختصاص التبرع بالاول أو عمومه للتوابع ايضا و الثانى أنه على تقدير كون الاسقاط عن الاول فقط فهل له أن يرجع الى الثانى ام لا ٠

اما المقام الاول فالظاهر أن اسقاط المالك حقه عن الاوّل ابراء عن الجميع فليس له لن يرجع الى الثانى فى ذلك لانه ليس هنا الا مال واحد كالدرهم الواحد مثلا و ان كان الضمناء كثيراً فاذا اعرض المالك عن هذا المال فلا يبقى هنا شئ لتكون ذمم الضمناء الآخر مشغولة بذلك اذن فيكون اسقاطه عن الاول اسقاطا عن الثانى ايضا حتى مع التصريح بانى أسقط من الاول فقط فانه تصريح بلا فايدة و تناقض فى الكلام فيكون غير معقول ٠

و اما المقام الثانى فعلى تقدير اختصاص الابراء بالاول فقط

فهل له ان یطالب من اللاحقین ام لا الظاهر لا فانه انما یجوز له ان یطالب اذا ملك ذمة الثانی ففی هنا لم یعط شیئا للثانی لیملك مطالبته غایة الامر اسقط المالك ذمته و انما قلنا ان له الرجوع الی الثانی اذا ادّ المال للثانی ·

او غصب الثانی المال منه و هنا لیس الامر کذلك ثم اذا توقف ردّ المغصوب الی المئونة فلابدّ له ای للغاصب من صرف ذلك حتی یمکن ایصاله الی المالك و دفع ذلك بانه ضرر علی الغاصب معارض بکون عدم الصرف ضررا علی المالك فلو لم یکن طریق الی الوصول الی المال الا بواسطة المالك کما اذا کان فی البحر فلم یکن یعرف السباحة الا المالك فحاله حال الاشخاص الاخرین فی مطالبة الاجرة فله أن یطالب الاجرة لاخراجه من البحر·

و الحاصل أن الردّ اذا احتاج الی مئونة فلابدّ للغاصب أن یصرف ذلك حتی یردّ العین الی مالکه و توهم نفی لزوم ذلك بدلیل لاضرر بلا وجه اذ عدم الصرف کك یستلزم عدم ردّ المغصوب الی المالك فهو ضرر علیه و دلیل نفی الضرر انما ورد فی مورد الامتنان فلا یشمل الموارد التی یکون فیها ضرر علی الغیر مع کونه متعارضا·

فرع آخر اذا کان المالك مقدورا علی الوصول الی ماله مع کونه محتاجا الی المئونة فهل له بمطالبتها من الغاصب ام لا ففی هنا ثلثة فروع الاول فی جواز مطالبة اصل الاجرة علی فعله من الغاصب الظاهر أنّ له ذلك فان حاله حال الاشخاص الاخر فکما ان لهم مطالبة الاجرة علی تحصیل ذلك المال و رده الی مالکه و کك نفس المالك له ذلك و لا دلیل علی الزامه علی ذلك بلا اجرة کما

هو واضح ٠

الثانى أنه لو لم يرض المالك الا باحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر و نحوه مع امكانه لغيره ايضا فهل له ذلك ام لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه او بغيره للاداء الا مع رضاية المالك بذلك فان ذلك ايضا تصرّف فى مال الغير فهو غير جائز الا باذن مالكه اذن فيباشر بنفسه فياخذ الاجرة من الغاصب ٠

الثالث لو طلب اجرة زائدا من أجرة المثل مع انحصار الاداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغير فى ماله او تكوينا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال و ادائه الى مالكه بل الاداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبة بحيث يطلب من الغاصب أجرة زائدة على أجرة المثل ارغاما لا نفه كما اذا كان أجرة الاداء لمثل هذا المال عشرة فهو يريد خمسين الذى ازيد من قيمه العين ايضا الظاهر أنه لا مانع من شمول دليل لا ضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك مطالبة الاجرة الزائدة على الرّد من الاجرة و لا يكون مانع عن شموله للمقام ٠

ثم اذا تعذر ردّ العين الى مالكه الا بعد مدة مديدة و حال الغاصب بذلك بين المالك و ماله فهل له ان يطالب بدل الحيلولة من الغاصب على ذلك ام لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تمامية أدلة بدل الحيلولة بوجه فلا نحتاج الى الاعادة ٠

قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه ٠

اقول اذا باع الفضولى مال نفسه مع مال غيره فهل يحكم بصحة

ذلك البيع مطلقا او ببطلانه كذلك او يسقط الثمن بالنسبة الى مال نفسه و مال غيره فيحكم بالصحة فى مال نفسه مطلقا او مع الخيار للمشترى و بالبطلان فى مال غيره وجوه و للكلام هنا جهات ٠

الاولى فى اصل صحة البيع و الظاهرانه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الاردبيلى ره وقد خالف فى المسئلة و ذهب الى الفساد و تحقيق الكلام انه تارة نقول ببطلان الفضولى و اخرى بصحته و ان قلنا بالاول فالظاهران البيع بالنسبة الى مال نفسه صحيح و بالنسبة الى مال الغيرفاسد و لم نسمع الخلاف هنا من احد الا من الاردبيلى فانه ذهب الى الفساد وعمدة الوجه فى البطلان ما ذكر فى المسئلة الآتية اعنى بيع ما يملك مع ما لايملك كالشاة مع الخنزير و العصير مع الخمر فان المناط فى صورة القول ببطلان الفضولى فى المسئلتين واحد فذلك وجهان وقد ذهب الى الفساد ايضا بعض الشافعيّة بتوهم ان العقد الواحد لايتبعض ٠

الاول ان ما هو مقصود للبايع و مبرزحين الانشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاة مع الخنزير و فى المقام هو بيع ما يملك و ما لا يملك و ما وقع اعنى بيع الشاة فقط او بيع ما يملك فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الانشاء فيحكم بالبطلان فى كليهما كما ذهب اليه الاردبيلى

و فيه ان البيع و ان كان واحدا بحسب الصورة و الظاهر و فى عالم الانشاء قد انشأ بانشاء واحد الا أنه فى الواقع و الحقيقة بيعان فيكون هذا فى الانحلال مثل العام الاستغراقى و ان كان بينهما فرق من جهة غاية الامرقد ابرز و انشأ بابرازواحد و انشاء فارد غاية الامركل منهما منضم الى الاخر و مشروط بهذا الانضمام

فی ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشترى بالنسبة فی بيع مال نفسه فيكون صحيحا خياريا ·

الثانی انه باطل لجهالة الثمن اذ لايعلم أنه ایّ مقدار من الثمن قد وقع فی مقابل الشاة وفی مقابل مال نفسه فی ما نحن فيه فيكون نظيران يبيع ماله بما فی الكيس من الداراهم فيحكم بالفساد وفيه ان الجهالة من حيث هی ليست موجبة للبطلان و انما هی توجب البطلان من جهة الغرر الذی نهی النبی(ص) عنه فی البيع فاذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان وفی المقام لايلزم منها غرر اذ يعلم مقدار ما يقع فی مقابل الشاة فی المسئلة الآتيه و ما يقع فی مقابل مال نفسه فی هذه المسئلة ولو بالاجمال الغير الموجب للغرر نظيران يشير الی صبرة معينة و يقول بعتك كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبرة وان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فيكون معلوما بالاجمال الغير الموجب للغرر ·

وفی المقام يعلم ان مقدارا من الثمن المعلوم واقع فی مقابل ما يملك وان كانت النسبة غير معلومة حقيقة ولكن بالتقسيط يعلم تفصيلا فاصل الثمن معلوم وليس مثل بعتك هذا بما فی الكيس الذی لايعلم انه ایّ مقدار من المال كما لايخفی ·

ومما يدل علی عدم كون الجهالة بما هی موجبة للبطلان انه لو باع مال نفسه مع مال غيره مع اذن المالك فانه لم يفتوه احد ببطلان المعاملة هنا مع ان الثمن فی كل منهما مجهول تفصيلا بجهالة غير موجبة للغير فلو كانت الجهالة من حيث هی موجبة

للبطلان مع قطع النظر عن کونها مستلزمة للغرر فلازمه القول بالبطلان هنا ایضا فنکشف من ذلک عدم کونها موجبة لذلک کما لا یخفی اذن فیبقی فی المقام احتمال وجود الاجماع فقط علی البطلان فهو مقطوع العدم اذ بعد معروفیة عدم الخلاف فی الصحة الا عن الاردبیلی فکیف یمکن دعوی الاجماع علی البطلان بل الاجماع علی الصحة کما هو واضح وکیف کان فمقتضی القاعدة فی المقام هو الصحة ومع الغض عن ذلک وعدم القول بالصحة بحسب القواعد فیدل علیها الخبر من الصفار من انه اذ باع مال نفسه مع مال غیره فیبطل فی مال الغیر ووجب فی مال نفسه فافهم ٠

واما لو قلنا بصحة الفضولی فان اجاز فلا کلام لنافیه فان الاذن اللاحق لا یقصر عن الاذن السابق فاحتمال الفرق بین الاذن السابق والاذن اللاحق مجازفة ٠

وان ردّ المالک فیاتی فیه کلّما تقدم فی صورة القول بفساد العقد الفضولی من الوجهین ٠

قوله ثم ان صحة البیع فیما یملکه مع الرد مقید فی بعض الکلمات

اقول قید بعضهم صحة البیع فی مال نفسه اذا لم یفض الرد الی محذور آخر شرعی کلزوم الربا وعدم القدرة علی التسلیم ومثلوا للاول بانه لو باع درهم نفسه مع دینار غیره بخمسین درهما فان هذا البیع من حیث المجموع صحیح کما اذا کان کلیهما لنفسه وعلّل بعضهم ذلک بانّ کل جنس یقع فی مقابل الجنس الآخر الا انّه علل بعد الوقوع فلا بأس به فاذا رد المالک البیع فی الدینار فما یقع من الدراهم بعد التقسیط فی مقابل الدرهم اکثر منه فیلزم الربا

و مثلوا للثانى ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير، الغيرالآبق فرد المالك البيع فى مملوك نفسه فيكون بيع نفسه ايضا باطلا لتمحّض البيع بالآبق فهو باطل للجهالة و لزوم الغرر فانّ بيع الآبق انما هو مخصوص بصورة الضميمة فقط فلا يصح فى غير هذه الصورة و من هنا لايصح اجارة الابق مع الضميمة ايضا ٠

و لنا فى ذلك كلام حاصلة انّك عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصورة و الانشاء لايضرّ يتعدده واقعا وعليه ان بيع دينار غيره مع درهم نفسه لايخرج المعاملة عن الربوية على تقدير الامضاء ايضا كما انّ ضم عبد غيره بعبد نفسه الآبق لايخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا ضميمة لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربويّا من الاول و بيع آبق من الاول نعم ثبت جوازهما فيمااذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فانه ثبت جوازه شرعا بنصّ خاص و الا فمقتضى القاعدة كان عدم جوازه للغرر و من هنا لايصح اجارة الآبق مع الضميمة كما تقدم وكذلك ثبت شرعا جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم و الدينار الذين اكثر من ماله فانّ جواز ذلك ثبت بدليل خاص و اما لو باع مال غيره كذلك فلا مخرج لذلك عن محذور الربا لكونه منحلا مثل العام الاستغراقى الى الافراد العديدة و ان كان بينهما فرق من جهة ياتى فى الجهة الثانية ٠

و بالجملة بعد ما لم يكن مجموع الدرهم و الدينار او العبدين لنفس البايع فيكون البيع منحلا الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع ولو مع امضاء الطرف الاخر فى مال نفسه ربويامن

الاول وكذلك فى بيع العبد الآبق فيكون باطل من الاول للجهالة فراجع الى تقرير ميرزا ٠

الجهة الثانية فى ثبوت الخيار للمشترى وعدمه لا شبهة فى عدم ثبوت الخيار للمشترى فى صورة العلم بالحال وبان المبيع ليس للبايع بمجموعه وانّما بعضه للغير كما انّه لا شبهة فى عدم ثبوته للبايع فى فرض العلم بذلك واما مع جهل المشترى فلا شبهة فى ثبوت الخيار له والوجه فى ذلك على ما يأتى فى محلّه المسمى بخيار تبعضّ الصفقة مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعام الاستغراقى هو ان المشترى قد اقدم على اشتراء هذين المالين مشترطا على البايع فى ضمن العقد ولو بمئونة القرائن الغرفية والانضمام العرفى ان ينضم احدهما بالآخر فاذا خلا عن ذلك الانضمام فيثبت للمشترى الخيار وهذا هو المتفاهم باذهان العرف والعقلاء فيكون مدرك هذا الخيار هو تخلّف االشرط الضمنى كما هو واضح ومن هنا تظهر جهة الفرق بين العام الاستغراقى المنحّل الى افراده وبين المقام وبهذا يمكن ايضا دعوى ثبوت الخيار للبايع ايضا اذا جهل بالحال و اعتقد أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له اذا ظهر احدهما مستحقا للغير ولم يمض المعاملة فان مقتضى الفهم العرفى هو أن بيع كل واحد من المالين مشروط بالاخر وانه يبيعه بهذا العنوان كما اذا باع الثوب العتيق مع الجديد ببيع واحد ولكن بيعه الجديد من جهة العتيق وان العتيق لايباع منفردا ثم ظهر انّ العتيق مال الغير فيكون البايع مختارا فى الفسخ والامضاء مع العلم بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمنى فهو ان بيعه هذا مشروط

بكون الثوب العتيق له دون غيره .

و بهذا الملاك ظهر انّه يثبت الخيار للبايع اذا اعتقد انه وكيل من الغير فى بيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنه ليس بوكيل من قبله فانّ بيعه هذا كان بحسب الشرط الضمنى مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابة و الا فلا يبيع فاذا ظهر انّه ليس بوكيل من قبله و لم يمض ايضا بيعه هذا فيكون للبايع ايضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البايع و المشترى فى كل مورد تحصل فيه المخالفة بالشرط الضمنى بحيث يساعد العرف و العقلاء على ذلك بان يفهم العرف ذلك الاشتراط و لا يكون من قبيل الاضمار فى القلب كماهو واضح .

الجهة الثالثة فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع ردّ المالك و ربّما قيل فى طريق معرفته كما هو المنسوب الى القواعد و اللمعة و الشرايع من انّهما يقوّمان جميعا من حيث المجموع ثمّ يقوّم كل واحد منهما ثم تنسب قيمة كل واحد منهما الى المجموع من حيث المجموع فيوءخذ بتلك النسبة فيسترد الثمن من المشترى كمااذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشرة دنانير و المجموع ايضا بعشرين فنسبة قيمة كل منهما الى المجموع بالنصف فيسترد من اصل الثمن نصف القيمة .

فاورد عليه المصنف بما حاصله أن الاوصاف و ان لم تكن مما تقابل بالثمن و لا يقسط الثمن اليها و الى الاجزاء و لا يقال ان ثمن الفرش الفلانى يقسّط الى اجزائه و اوصافه بل متمحض فى مقابل الاجزاء فقط و انّما الاوصاف قد توجب زيادة الثمن و انها دخيله فى

ذلك كما مرّ مراراً عديدة اذ من البديهى أن اجراء الفرش ليس لها الا قيمة الصوف و اوصافها توجب زيادة تلك القيمة و لكن فى مقام البيع لا يقسّط الثمن اليها و الى الاجزاء ٠

وعلى هذا فهذا الضابطة الذى افيد فى المقام انما يستقيم فيما اذا لم تكن الهيئة الاجتماعية دخيلة فى زيادة الثمن كما هو الغالب و لعله لاجل هذه الغلبة التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط و اما لوكانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى الزيادة فلايمكن التقسيط بهذا الضابط كما اذا كان المبيع مصراعى باب احدهما لنفسه والآخر لغيره او زوج خفّ احدهما لنفسه والآخر لغيره و هكذا مما تكون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد القيمة فانّه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لو كانت قيمة كلا المصراعين معاً عشرة و قيمة كل منهما درهمين وكان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسة فانه اذا رجع المشترى الى البايع بجزء من الثمن نسبة ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبة الاثنين الى العشرة فتكون النسبة بالخمس فيسترد من البايع بملاحظة هذه النسبة النسبة خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبايع فى مقابل المصراع الآخر اربعة دراهم فيكون ما اخذه من الثمن ازيد من حقه فانّ الثمن متساوية بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البايع اربعا فى مقابل المصراع الواحد و المشترى واحدا فى مقابل مصراع الاخر الذى مال الغير ٠

و بعبارة اخرى ان البايع انّما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الاجازة فلا شبهة ان ذلك بالنصف مع الاجازة

فليكن كذلك مع الرد ايضا فما الموجب للازدياد فی صورة الرد ٠

نعم فی اغلب الصور التی لاتكون الهيئة الاجتماعية دخيلة فی ازدياد القيمة فالضابط المذكور لاباس به سواء كان قيمة كل منهما متساوية او متفاتة كما هو واضح ٠

ثم وجه المصنف هذا الوجه باخذ النسبة للمشتری لئلا يردعليه النقص بدخالة الهيئة الاجتماعية فی زيادة الثمن وحاصله أن يقوّم المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الی المجموع و يأخذ المشتری تلك النسبة و باعتبارها يأخذ الثمن من البايع وفی المثال المتقدم يسترد الاربعة و يبقی للبايع واحد فلا توجب زيادة الثمن بالهيئة الاجتماعية نقصا فی المطلب كما هو واضح ٠

ثم اورد عليه بان هذا وان يسلم من اشكال الزيادة بالاجتماع ولكن ينتقض بكون الهيئة الاجتماعية موجبة لنقصان القيمة فان هذا فرض ممكن وهذا كما لو باع جارية مع امّها بثمانية وكانت قيمة كل واحدة منها بعشرة فانه لا شبهة فی عدم ترتّب النفع علی صورة ـ الاجتماع الذی يترتب علی غير صورة الاجتماع لعدم جواز الجمع بين البنت والام ومن هنا نقل قيمة صورة الاجتماع فلو اخذت النسبة للمشتری فيلزم حينئذ للمشتری ان يجمع بين الثمن والمثمن فانه يسترد من البايع علی هذا تمام العشرة فيبقی الجارية الاخری للمشتری بلا ثمن لكون قيمة احدهما المنفردة الی مجموع القيمتين نسبة الشئ الی مماثله ٠

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجا المصنف الی وجه آخر وحمل عليه كلام القواعد واللمعة والشرايع وهو ما اختاره فی الارشاد

وحاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين مثلا اذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير وقوم مال الغير باربع دنانير ومال البايع بدينارين فيرجع المشترى بثلثيى الثمن اذن فيسلم ذلك من اشكالى الزيادة والنقيصة .

واشكل عليه السيد ره فى حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئة الاجتماعية موجبة للزيادة او النقيصة بالسوية واما لو اوجبت ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا اذا كان احدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنف قده فيما اذا قوم احدهما منفردا باثنين و منضما باربعة والآخر منفردا باربعة و منضما باثنين أن يكون لمالك الاوّل ثلث الثمن ولمالك الثانى ثلثاه مع ان قيمة مال الاول فى حال الانضمام ضعف قيمة مال الثانى فى تلك الحال فينبغى ان يكون للاول الثلثان وللثانى الثلث و هكذا فى سائر الاختلاف .

ومن هنا اختار مذهبا آخر وهو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظة حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع الاشكالات فى جميع مراتب الاختلاف من دون لزوم محذور فى ذلك لا فى صورة زيادة القيمة بالاجتماع و لا فى صورة نقيصته بذلك ولوكان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسوية فان تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط المجموع من حيث المجموع الى الافراد بلا زيادة و نقيصة فلاحظ ذلك بالامثلة ثم احتمل رجوع ما

ذكره الجماعة من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيدالانضمام لا الانفراد بماهو انفراد و هذا الذى افاده السيد ره من الجودة بمكان كما هو واضح و امّا المثلى فقد فصّل المصنف فيه بين ما كانت الحصّة مشاعة فقسط الثمن على نفس المبيع و ان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظة قيمتى الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع ثم امر بالتفهيم وفيه انّه لاوجه لهذه الكيفيّة فى التقسيط على وجه الاطلاق لا فى المشاع ولا فى المفروض لامكان ان يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمة حصة كل منهما بتفاوت الحصتين فى المقدار كأن يكون لاحدهما تسعة امنان من الحنطة وللآخر من واحد - لبداهة تفاوت الاثمان بتفاوت العروض قلة وكثرة فان المبيع كلما كثر رخص وكلّما قل غلى و ان كان حصّة كل منهما من صبرة واحدة وعلى نسق واحد فى الجودة و الرداءة كما هو المفروض على الاشاعة ولامكان ان يكون المثلى مفروض ويكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة و صبرة خاصة فيجب ان يقابل كل حصتى البايع و المشترى بما يخصّه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمى .

قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

اقول لو قال بعت نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع او النصف المختص بعد العلم بعدم ارادة حصة الشريك و احتياجه الى المئونة الزايدة .

تارة يعلم من القرائن الخارجية او بتصريحه ان البايع اراد الشقص الخاص و النصف المعيّن من نصف نفسه او نصف شريكه فلا

کلام لنا فیه فحکم ذلك معلوم علی تقدیر قصد مال نفسه او مال غیره ·

و اخری یقول انی أرید من کلامی هذا بعت نصف الدار ما یکون لفظ النصف ظاهرا فیه فهوعلی قسمین لانه تارة یکون المراد به ما یکون لفظ النصف ظاهرا فیه بنفسه و یکون المقصود مفهومه من دون القرائن الخارجیة فیکون المراد الجدی للمتکلم معلومامن ذلك و اخری ما یکون ما تکلم به من الجملة المرکبة ظاهرة فیه من بعت نصف الدار مع ملاحظة خصوصیّة النسبة و الاضافة الی نفسه و التصرف فیه وقد خصّ السید ره فی حاشیته مورد کلام المصنف هو بالقسم الثانی ای ما یکون النظر فیه الی مفهوم النصف فقط بلا توجه الی ما تقتضیه القرائن الخارجیة و اورد علیه بانّه علی هذا لا یبقی مجال للتمسك بظهور المقام اوغیره من کون التصرف و اضافة البیع الی نفسه ظاهران فی نصف نفسه فی مقابل ظهور النصف فی الاشاعة اذ الرجوع الی الظهورات انما هو لتشخیص المرادات و المفروض ان المتکلم لم یقصد خصوصیة ملکه او ملك غیره و انما قصد مفهوم النصف الذی مقتضاه لیس الا الاشاعة فان المفروض انه لم یقصد خصوصیة ملکه بل یکون لفظ النصف ظاهرا فیه ·

و فیه انّ السیّد لم یتصور ظاهرا قسماً آخر هنا و لذاجعل مورد کلامه ما یکون المقصود مفهوم النصف بلا لحاظ القرائن الخارجیة و هو متین لوکان مراده هذا وکان حینئذ جعله ما یقتضیه مفهوم النصف معارضا بما تقتضیه القرائن الخارجیة مناقضة واضحة اذ بعد کون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهذه المعارضة و دعوی القرائن علی خلافه و انما المراد معلوم بلا شك و لکن مراده لیس

هو الشق الاول بل الوجه الثانى الذى هو الوجه الثالث و قوله ففيه احتمالان اى ما يحتمل ان يراد منه النصف المختص او النصف المشاع منحصر بهذا القسم و الا لو كان مراده هو الاول لم يكن مورداً لوجهين بل كان تمحضا لارادة النصف المشاع فقط بظهور لفظ النصف فيه و لم يكن النصف المختص محتملا لعدم جريان القرائن الخارجيّة فيه بوجه اذن فلا يكون هذا القسم موردا للكلام كما فى حاشية السيد وعلى هذا فلا يردّ عليه ما اورده السيد نعم يرد عليه ان مورد الكلام ليس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الذى جعله السيد مورد لكلامه بعد رده كلام المصنف على زعمه و هو ما يكون مراد البايع من النصف شيئا معينا من نصفه المختص اوالمشاع فى الحصتين و لم يعلم التعين مع كونه معينا واقعا و فى علم البايع الا انه اجمله فيكون ظهور كلامه حجة هنا ايضا من ارادة الفرد المعين فيكون داخلا فى الكلام فحينئذ يقع الكلام ايضا فى ان المراد من ذلك اى شئ هل هو نصفه المختص او المشاع ليكون من كل منهما الربع او نصف الشريك و حيث لم يتصور السيد هنا قسما آخر مع رده القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط و لكن عرفت انّ محط كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السيد من القسم الثانى الذى لا يحتمل ان يكون مراده ذلك كما هو واضح من كلامه و ربما يقال بعدم امكان جعل القسم الثالث مورداً لمحط النزاع بل لا بدّ من تخصيص محل النزاع بما ذهب اليه السيد ره اذ لو كان القسم الثالث هو محط النزاع فلازمه ان لا يعلم ان البيع فى ملك من وقع هو البايع ام الشريك الآخر فالجهل بالمالك يوجب بطلان البيع .

وفیه انك عرفت سابقا أن الجهل بالمالك لایضر بصحة البیع بعد العلم بالمبیع وان حقیقة البیع عبارة عن المبادلة بین المالین فمعرفة المالك لیست بدخیلة فی صحة البیع الا اذا كان تعیین المبیع محتاجا الی معرفة المالك فبدونها لاتعیین للمبیع بل ولاتحقق له كما اذا كان المبیع كلیا فی الذمة فانه لاتعیین لذلك الا باضافة الی شخص خاص معین فلو قال بعتك منا من الحنطة فی ذمة رجل لبطل البیع واما فی غیر تلك الصورة فلا دلیل علی وجوب تعیین المالك كما لایخفی اذن فالقسم الثالث ایضا داخل فی محلّ النزاع لعدم اضرار الجهل بمالك المبیع كما لایخفی فافهم ٠

ثم ان المصنف فی مقام تعین المراد فی مقام الاثبات قد احتمل الوجهین فی مثل هذا الكلام وقول البایع بعت نصف الدار من ارادة نصف المختص او نصف المشاع ومنشأ الاحتمالین اما ـ تعارض ظاهر النصف اعنی الحصة المشاعة فی مجموع النصفین مع ظهور انصرافه فی مثل المقام من مقامات التصرف الی نصفه المختص وان لم یكن له هذا الظهور فی غیر المقام او تعارضه مع ظهور انشاء البیع فی البیع لنفسه لانّ بیع مال الغیر لابدّ فیه امّا من نیة الغیر او اعتقاد كون المال لنفسه واما من بنائه علی تملكه للمال عدوانا كما فی بیع الغاصب والكل خلاف المفروض هنا ٠

ثم ذكر انه مما ذكرنا یظهر الفرق بین ما نحن فیه وبین قول البایع بعت غانما مع كون الاسم مشتركا بین عبده وعبد غیره حیث ادعی فخر الدین الاجماع علی انصرافه الی عبده فقاس علیه ما نحن فیه اذ لیس للفظ البیع هنا ظهور فی عبد الغیر فیبقی ظهور

البيع في وقوعه لنفس البايع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيقر بها اجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبنيّا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد ٠

و التحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجية بعد العلم بعدم ارادة نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و ارادته محتاجة الى القرائن التى منتفية هنا ٠

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البايع لتصرفه و الشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجية اعنى ظهور الانشاء اما ظهور الانشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا فى كون البيع للبايع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما انّه ظاهر فى بيع مال نفسه وكذلك ظاهر فى بيع مال غيره ايضا الا فى بيع الكلى حيث أنه لايمكن الا باضافة البيع الى نفسه فيكون هذا قرينة على ارادة البيع لنفسه اذ لامعنى لبيع الكلى فى ذمة الغير لعدم التعين كأن يقول بعت منّا من الحنطة فى ذمة رجل و المفروض ان المبيع فى المقام ليس كليّا بل امر معيّن كما هو واضح على انّه يكون قرينة موجبة لرفع اليد عن ظهور البيع فى الاشاعة اذا لم يكن للكلام ظهور فى مورده فسياتى فى الوجه الثانى من القرائن ان مورد البيع هو النصف المشاع ابتداء فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره ٠

و اما ظهور التصرف فى كون المبيع مال نفسه فيحكم بكون النصف للبايع ٠

ففيه ان هذا الظهور و ان كان لاينكر و أنه قرينة على ارادة

مال نفسه و رفع الید عن ظهور النصف الا انه لا یمکن الاخذ به و رفع الید عن ظهور النصف فی الاشاعة ۰

و ذلك لانّه انّما یکون اذا کان الکلام مجملا و لم یکن له ظهور فی مورده و الا فلا وجه لرفع الید عنه و المصیر الی ما تقتضیه القرائن و فی المقام انّ النصف له ظهور فی الاشاعة الذی مقتضاه کون الربع من مال البایع و الربع الآخر من مال الغیر لیکون محتاجا الی الاجازة و بعد ما کان مورد البیع هو ذلك فلا وجه لرفع الید عنه اذ هو کرفع الید عن ظهور البیع فی مال الغیر ابتداء فی سائر الموارد۰

مثلا لو کان للشئ معنی حقیقی و معنی مجازی و قال احد بعت الشئ الفلانی و کان ذلك الشئ بمعناه الحقیقی شخص آخر موجودا عند البایع و بمعناه المجازی کان لنفسه فهل یمکن رفع الید عن ظهور کون البیع للغیر و ارادة المعنی المجازی بدعوی أن ظاهر التصرف کون المال لنفسه فلا وجه لذلك بعد کون مورد البیع هو مال الغیر و هکذا و هکذا ۰

و بالجملة أن النتیجة هو ان مقتضی کون النصف ظاهرا فی النصف المشاع و واردا علی المال المعین فی الخارج هو ان المبیع هو النصف المشاع المشترك بین المالك الشریك و البایع فیکون ربع الدار مبیعا من حق البایع و ربعها مبیعا من الشریك و محتاجا الی الاجازة لکونه فضولیا کما لا یخفی فلا یمکن رفع الید عن ظهوره الذی هو مورد البیع بالقرائن الخارجیة و انما ذلك فی صورة عدم ورود الکلام علی مورد المعنی الحقیقیة و الا فلا وجه لرفع الید عنه کما هو واضح فلا یکون الکلام ظاهرا فی النصف المختص کما ذهب الیه المشهور

هذا كله مع ملاحظة ظهور لفظ النصف فى الاشاعة و اما اذا انكرنا ذلك كما هوكك فيكون المقام مثل بعت الغانم المشترك بين عبد نفسه وعبد جاره ٠

و توضيح ذلك ان لفظ النصف لم يوضع فى اللغة للنصف ـ المشاع بل لمطلق النصف من الشئ و لا أنه منصرف الى النصف المشاع عند اطلاقه وعليه فلا وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فيكون الغرض منه فى المقام هو الكلّى و توهم انّ البايع لم يقصد خصوصية ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما فى حاشية السيد فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصية الملك كلّى يحتمل ان يكون النصف الذى يختص بنفسه او بشريكه او النصف المشترك بين البايع و الشريك وحينئذ فيكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فيكون مثل بيع الغانم فيرتفع الاجمال بواسطه ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص ٠

و ذلك فانه و ان صح بيع مال الغير فضولة و لكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول أوفوا بالعقود للبايع و انّما يشمل المالك المجيز حين اجازته و فى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا وضعا و لا انصرافا لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البايع فاذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف المختص كما انّ الامر كك فى بيع غانم المشترك بين عبده وعبد الغير فكما انّه لاموجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك فى المقام لكون النصف هنا ايضا مشتركا بين نصفه المختص اوالمشاع او نصف الشريك فكان ان ظهور البيع فى بيع غانم فى بيع نفسه

برفع الاجمال فکك فی المقام بلا زیادة و نقیصة فکما ان البایع فی بیع غانم مخاطب بدلیل الوفاء بالعقد و هکذا هنا ایضا فافهم ٠

وعلی هذا فیصح ما ذهب الیه المشهور من کون الکلام ظاهرا فی النصف المختص دون المشاع او حصة الشریك ٠

و من هنا ظهر الفرق بین المقام و بین مسئلة الاقرار بانّ نصف الدار ازید مع کونها مشترکة بالاشاعة بین المقر و شخص آخر حیث ان الاقرار اخبار عن الواقع فیکون اقراره بنصف الدار للغیر اخبارا عن واقع نصف الدار لا فی نصفه المختص فهو مشترك بین المقر و شریکه الآخر فحیث ان الاقرار بالنسبة الی الربع فی حقة و بالنسبة الی الربع الآخر فی حق الغیر فیکون اقراره بالنسبة الی ربع شریکه لغوا دون ربع نفسه ٠

و هذا بخلاف البیع فانك عرفت أن النصف کلی یصدق علی نصف نفسه و نصف غیره فظهور البیع بمقتضی اوفوا بالعقود یوجب کونه نصفه المختص دون المشاع بل ارادة النصف للمشاع بحیث یکون معنی بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتی و ربعا من حصة شریکی لیکون المراد من النصف النصف المشترك بین البایع وشریکه لا نصفه المختص من خلاف الظهور بمکان کادان یلحق بالاغلاط من دون قرینة علیه فضلا عن یکون هو الظاهر من اللفظ و من هنا ظهر حکم ما لو اصدق الزوج المراة عینا معینا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لا نصف الباقی و قیمة النصف الموهوب و ان هذا من قبیل ما نحن فیه وأن النصف یصدق علی النصف الباقی فیدخل تحت قوله تعالی فنصف ما فرضتهم فیکون

تمليك الزوجة الزوج نصف الصداق منطبقا على النصف الاخر كما هو واضح و ان ارادة الربع من النصف الموهوب و الربع الآخر من النصف الباقى من خلاف الظهور بمكان ٠

و بالجملة أن مقتضى الظهور و فهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقى حق للزوج فبحصر حق الزوجة بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّى بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقى و ارادة النصف المشترك بين الموهوب و الباقى خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له او منصرفا اليه واذن فلا وجه لتوهم المنافات بين هذه المسئلة و ما نحن فيه ٠

وكان كلامنا فى مسئلة بيع نصف الدار و ملك النصف فقد ادعى المصنف تعارض ظهور النصف فى النصف المشاع و ظهور البيع و التصرف فى النصف المختص و قد قلنا ان ظهور النصف يتقدم على الظهور الاخر و لكن لا نسلم ظهور النصف فى المشاع لا بالوضع و لا بالا نصراف بل المتبع انّما هو ظهور البيع فى الحصة المختصة فيكون ظهور البيع فى بيع مال نفسه كما هو الظاهر فى جميع الموارد اذا لم تكن قرينة على الخلاف فان النصف و ان كان حقيقة فى النصف المشاع ايضا ولكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينة على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغانم المشترك بين عبد نفسه وعبد غيره المعين بظهور البيع فى عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لا ينافى ذلك مسئلة الاقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجة ان الربع من مال المقرّ و ذلك اذ ظهور البيع كما عرفت انّه متعلق

علی ماله و هذا بخلاف الاقرار فانه اخبار عن الواقع فمفاده انّ نصف الدار واقعا لزید لا النصف المختص لی فظاهر ذلک هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصة نفسه وعن حصة الغیر فیلزم له الربع لانّ الاقرار بمقدار ثابت علیه و اما بالنسبة الی الربع الآخر فاقرار فی حق الغیر فلا ینفذ الا ان تکون هناک قرینة علی ارادته من النصف النصف المختص فهو اقرار آخر. و بالجملة هذه المسئلة اجنبیة عن المقام بتمام الجهة :

و اما مسئلة الطلاق فهی عین محلّ الکلام و هی انه لو زوج احد امراة فوهبت الزوجة نصف مهرها للغیر ثمّ طلقها الزوج فیتعین حقه بالنصف الباقی المشاع فیکون مختصا به و خارجا عن الاشاعة بمقتضی قوله تعالی فلکم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقی اعنی. ربع الکل و قیمة نصف التالف فلا تنافی بین ما ذکرناه هنا و بین هذه المسئلة .

و اما مسئلة الصلح فلاوجه لتوهم تنافیها لما ذکرناه ایضا لخروجها عن المقام فهی أنه لو اقر من بیده المال بکون نصفه لاحد المدّعیین وکان هذا المدعی یدعی نصف بالسبب المشترک بینه و بین المدعی الآخر کالاخوّة مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ینفذ هذه المصالحة الا فی الربع اعنی نصف المقر به فانّ نتیجة ضم احد الاقرارین بالآخر انّ النصف المقرّ به مشترک بین المدعیین فتکون المصالحة بالنسبة الی الربع الآخر الذی نصف المقر به و حق للمدعی الآخر فضولیة فیحتاج الی اجازة المدعی الآخر کما لا یخفی و هذا کما تری لا ارتباط لها بمسئلتنا التی کلامنا فیها .

و اما مسئلة الاقرار بالشریک الآخر کما اذا کان المال بین

الشخصين بالنصف فاقر احدهما بكون الثلث للثالث وكون التقسيم بينهم اثلاثا بالنصف وأنكر الشريك الآخر فحمل الاقرار على الثلث المشاع من العين كما في المتن فيكون ثلث العين للثالث وحينئذ فان تعدد المقرّ لتعدد الشركاء وكانوا عدولا فيكون اقرارهم هذا شهادة فيتبع به وان لم يتعدد المقر ولم يكن عدولا في صورة التعدد فيكون اقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا في حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفا بين المقر والمقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له وثلث الباقي لانّ المنكر وان كان معذورا في عقيدته في الظاهر ولو كان الواقع على خلاف عقيدته ولكنه غاصب بزعم المقرّ السدس وظالم لذلك بتصرفه في النصف لانه باعتقاده انما يستحق الثلث فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبته الى المقرّ والمقرّ له على حد سواء فانه قد تالف من العين المشتركه فوزع على الاستحقاق ٠

ودعوى ان مقتضى الاشاعة تنزيل المقرّ به على ما في يد كل منهما فيكون في يد المقرّ سدس وفي يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك وقال ان له في يد كل منهما سدساً واقراره بالنسبة الى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع اليه ثلث ما في يده وهو السدس المقرّ به وقد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة بان ما في يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره في صورة الافراز بل هو مقدار حصته المشاعة كحصّة المقر وحصة المقرّ له بزعم المقرّ الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شيئ مما في يده فقد

تلف سدس مشاع یوزع علی المقر و المقر له فلا معنی لحسابه علی المقر له وحده و هذا واضح جدا کما فی المتن و هذا بخلاف صورة الاقرار فان کل من الشخصین وضع یده علی مال معیّن فحق المقرّ له بالنسبة الی ما فی ید المنکر قد تلف باذن الشارع فی الظاهر ما لم یثبت دعواه فاقرار الشخص الآخر بثلث ما فی ید نفسه و ثلث ما فی ید الغیر لا یوجب الاثبات الا انه فی مقام الترافع یکون من الشهداء علی المنکر و اما المنکر فمعذور علی عقیدته اعتمادا اصالة عدم کونه ما بیده ملکا للمقر له ولو عند الشک و المقر فقط بمقتضی اقراره ملزم علی الاداء لکونه حجة علیه دون المنکر و ان لم یدع العلم بکون ما له بل یکفی ولو مع دعوی الشک وعدم العلم علی الواقع لکفایة یده و اصالة عدم کونه ملکا للمقرّ له فی کون ما بیده ملکا له ٠

و اما مسئلة الاقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق کل من الوارث فی یده عین ما ذکرناه ایضا من کون ما فی یده مشترکا بین المقر و المقر له و لیس بینهما تنافی الاعلی الاحتمال ذکره السید فی حاشیته و لنتعرض له فتکون موافقة للقاعدة و فتوی المشهور هنا یحمل ذلک علی الاشاعة وعدم کون ما فی ید المقرّ نصفا بینهما بل یعطی الزائد من حقة فقط فتکون البقیّة علی الوارث الآخر فیکون التلف باذن الشارع فی الظاهر فی تصرفهم فی ذلک ما لم یثبت خلافه ٠

و هذا انما هو من جهة بعض الروایات الضعیفه المنجبرة بعمل المشهور و الا فکان مقتضی القاعدة هو ما ذکرناه من کون ما هو فی

يد المقر مشتركا بين المقر و المقر له بالنصف مثلا و لكن يرد عليه أنه مضافا الى عدم جبر ضعف الرواية بالشهرة ان دلالتها ايضا غير تمام فان الموجود فيها انّه شريك فى المال و يلزم ذلك فى حقه او حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك فى ماله كله ٠

فمن الواضح ان كون الآخر شريكا فى المال او ثبوت حقه فى حق المقر ليس معناه أن للمقر له حق فى حصته مشاعا بل يمكن ان يكون على النحو الذى ذكرناه على طبق القاعدة كما لا يخفى فافهم ٠

فتحصل ممّا ذكرناه انّ مقتضى القاعدة فى المقامين ثبوت حق المقر و المقر له فى ما بيد المقر على النصف وكون الفائت بالنسبة اليهما على حد سواء و فى مسئلة الاقرار بالنسب و ان أفتى المشهور على خلاف القاعدة وكون حق المقر له مشاعا بالنسبة الى المقر والطرف الآخر و لزوم الزائد عن حق المقر على المقر و لكن ذلك لاجل الاخبار الخاصة و قد عرفت ضعفها سندا و دلالة ٠

ثم قد أبد الفرق صاحب الجواهر بين المسئلتين و التزم بكون المقر و المقر له بالنسبة الى ما فى يد المقر و الفائت على حد سواء فى المسئلة الاولى و بنحو المشاع فى مسئلة الاقرار بالنسب و قال فى وجه ذلك على ما فى حاشية السيد ٠

يمكن أن يقال أن فتوى المشهور فى كل من المقامين على القاعدة و الفرق بينهما أن فى المقام التلف للمال المشترك على حسب اقرار المقر مستند الى يد المقر حيث انه اثبت اليد على النصف الذى ثلثه مشترك بين المقر و المقر له فيكون محسوبا عليهما و فى

مسئلة الاقرار بالنسب ليس مستندا الى اليد بل هو من جهة مجرّد انكار المنكر لخصوص حصة المقر له و الا فلا اثر لليد لان المفروض كون المال تركة للميت و لا يد لاحد عليها غيره و حينئذ فنقول أن المَقَر له معترف بان للمقر ثلث التركة اذا كانوا ثلثة اخوة مثلا فلابدّ ان يصل اليه حصته و القدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الاخ المنكر بكونه وارثا و الى ذلك اشار فى الجواهر حيث قال بعد العبارة التى نقلناها فى بيان الفرق بين المقامين او يقال أن المأخوذ فى الاول قد كان بسبب شرعى يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثانى فانه قد اخذ بسبب يخصّ الاخ المنكر و هو اقراره باخوة من انكر و ذلك أمر يخصّ لاخ المنكر دون الاخّ المقر الذى قد اعترف الثلثة باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعى يعمه بل كان ذلك بامر يخصّ خصوص المتخاصمين و هو الاقرار من احدهما بالآخر و انكار الآخر اياه و ذكر فى باب الصلح ايضا ما يفيد ذلك و كذا فى باب الاقرار بالنسب فراجع ٠

و محصل كلامه فى مسئلة الاولى قد استند التلف الى يد المقرّ و فى الثانية الى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لا يكون هذا وجه الفرق بينهما بل فى المقامين الامر كما ذكر اذ المقرّ فى كلتا المسئلتين قد اقرّ الثلثة باخوّته و بالجملة لم يتحصّل من كلامه هذا شئ فى وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه ٠

و قال شيخنا الاستاذ ان المقر لم يقر ازيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لانه اقر بانّ ثلث اصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا فى النصف

الذى تحت يد الطرف الأخر المنكر للشريك الثالث ولم يقرّ أن ما فى يدى نصفه للثالث والا فهو خلاف الاشاعة .

وفيه ان هذا وان كان صحيحا وقد اشار اليه المصنف فى كلامه بقوله ودعوى أن مقتضى الاشاعة الخ وأجاب عنه ولكن نكتة الكلام هو أن أصل المال على حسب اقرار المقر مشترك بين الثلثة اثلاثا فلا موجب لكون المقر مالكا لما فى يده بمقدار حصته ويكون الزائد فى ما يستحقه للشريك الثالث المقر له الا القسمة فلا شبهة أنها غير مشروعة اذ ليست برضاية الشركاء أجمع فيكون باطلة اذن فليس النصف الموجود فى يد المقر الا نصف المال المشاع بين الثلثة فحيث انّ من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما فى يده وان كان الواقع على خلافه لان مقتضى يده بل مقتضى اصالة عدم كون الثالث مالكا هو ذلك وان لم يدع كونه مالكا قطعا بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه فى الظاهر عن حجّة شرعية ما لم يعمّ دليل على الخلاف واما المقر الذى فى يده نصف الآخر فهو مقر بان الثلثة كلهم مشتركون فى اصل المال فيكون ما فى يده نصف المال المشاع المشترك بين الثلثة فبعد قطع يد الطرف الآخر باخذه النصف فيكون هذا النصف مشتركا على الاشاعة بين المقر والمقر له ويكون الفائت عليهما، وليس ذلك الا نظير ما اخذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقدارا عدوانا فبقى المقدار الباقى فى يد احد الشركاء اذ لا يوجب ذلك اختصاص ذى اليد بمقدار حقه بذلك المال بل الباقى والفائت بين الشركاء على حدّ سواء غاية الامر أن فى المقام ان الطرف الآخر

بزعمه لیس غاصبا بل انما یتملك النصف مستندا الی الحجة الشرعیة من أصالة عدم کون الثالث شریکا لهم و فی مسئلة الاقرار بالنسب أن اصالة عدم کون الثالث ورثة و شریکا معهم کماهو واضح فلاشبهة فیه .

و هذا النکتة قد سقط من کلام شیخنا الاستاذ و الا فلم ینکر احد أن المقر لم یقر بنصف ما فی یده بل بثلث أصل المال لیکون بالنسبة الی ما فی یده السدس .

هذا کلّه فی النصف المشاع و اما النصف المفروض فقد ظهر حکمه من اول المسئلة الی هنا فلو قال بعت نصف الدار المعیّن وکان حق کلّ من البایع و شریکه الآخر مفروضاً فیحمل علی نصف نفس البایع لاعلی نصف شریکه فیکون ذلك ایضا من قبیل بیع الغانم فان ظهور البیع فی کونه لنفسه ما لم تقم قرینة علی الخلاف .

ثم هذا کلّه فیما کان اجنبیّا بالنسبة الی النصف الآخر و أما لوکان بالنسبة الی النصف الآخر ایضا جائز التصرّف کان یکون وکیلا من قبله او ولیّا له فهل یحمل البیع هنا ایضا علی نصف نفسه او النصف الغیر المختص و قال شیخنا الانصاری ره انه لوکان البایع وکیلا فی بیع النصف او ولیّا عن مالکه فهل هو کالاجنبی وجهان مبنیّان علی ان المعارض لظهور النصف فی المشاع هو انصراف لفظ البیع الی مال البایع فی مقام التصرف او ظهور التملیك فی الاصالة الاقوی هو الاول .

و لکن الظاهر أنه لافرق بین المقامین فان قلنا أن النصف له ظهور فی النصف المشاع فیقدم علی کل من الظهورین اذ ظهور

البيع فى بيع نفسه او ظهور التمليك فى الاصالة انما يتقدم على ظهور النصف فى المشاع اذا لم يرد على مال غيره وقد فرضنا أن له ظهور فى وروده على مال الغير فلا يعارض شئ من الظهورين لذلك

وان لم نقل بظهور النصف فى النصف المشاع وان كان حقيقة فيه ايضا ولكنه من باب كونه مصداقا لكلّى النصف الشامل له و للنصف المختص وللنصف المختص لشريكه واما اختصاصه بالمشاع فلا لاوضعا ولا انصرافا .

وعليه فلا وجه لرفع اليد عن ظهور البيع فى بيع نفسه سواء كان جائز التصرف فى النصف الآخر كما فى صورة الولاية و الوكالة اولم يكن جائز التصرف وبالجملة المثال فى الاجنبى وغيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الاحد ۲ شهر شعبان سنه ۱۳۷۴ ويتلوه أن شاء اللّه تعالى المجلد الخامس .